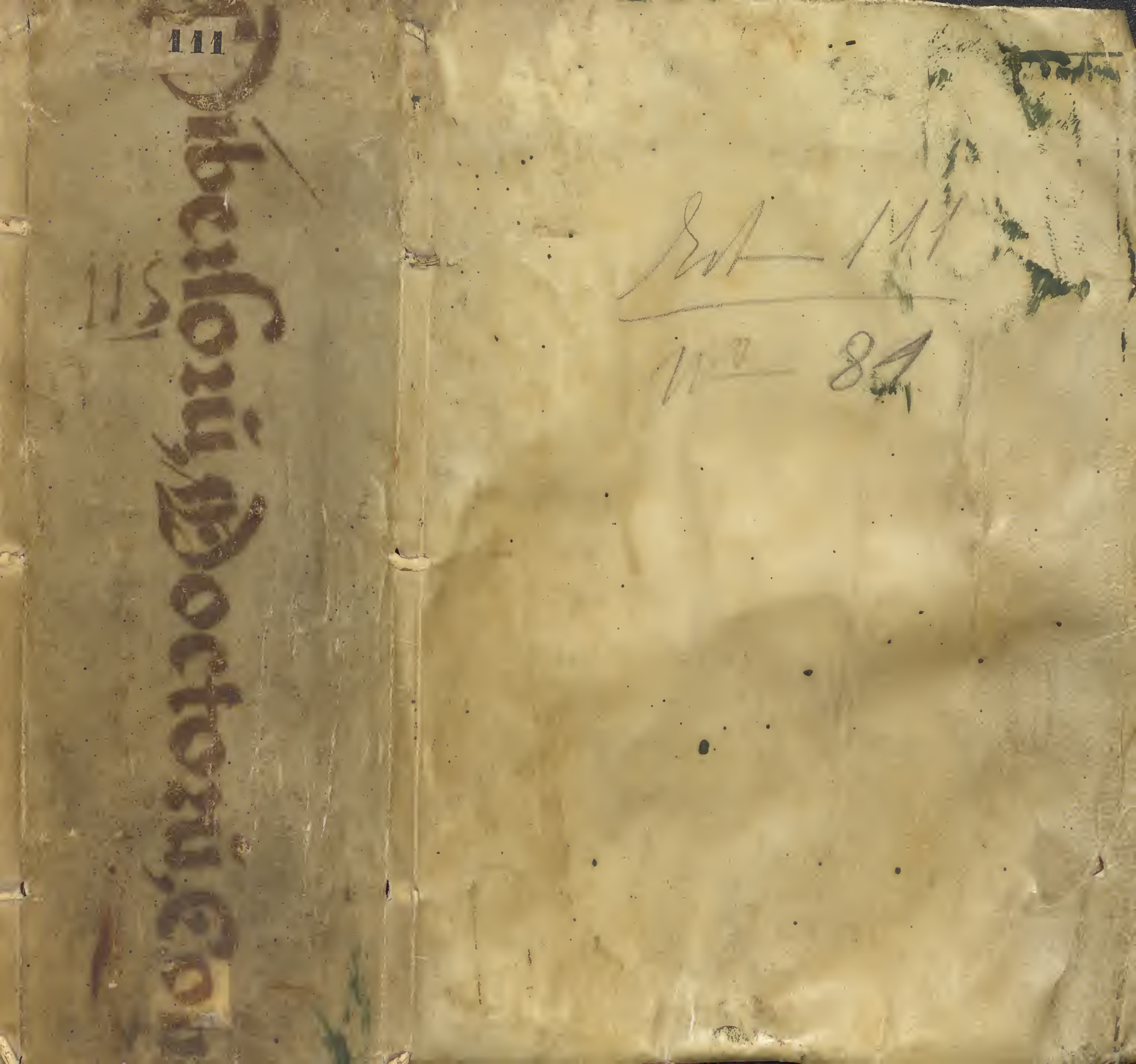
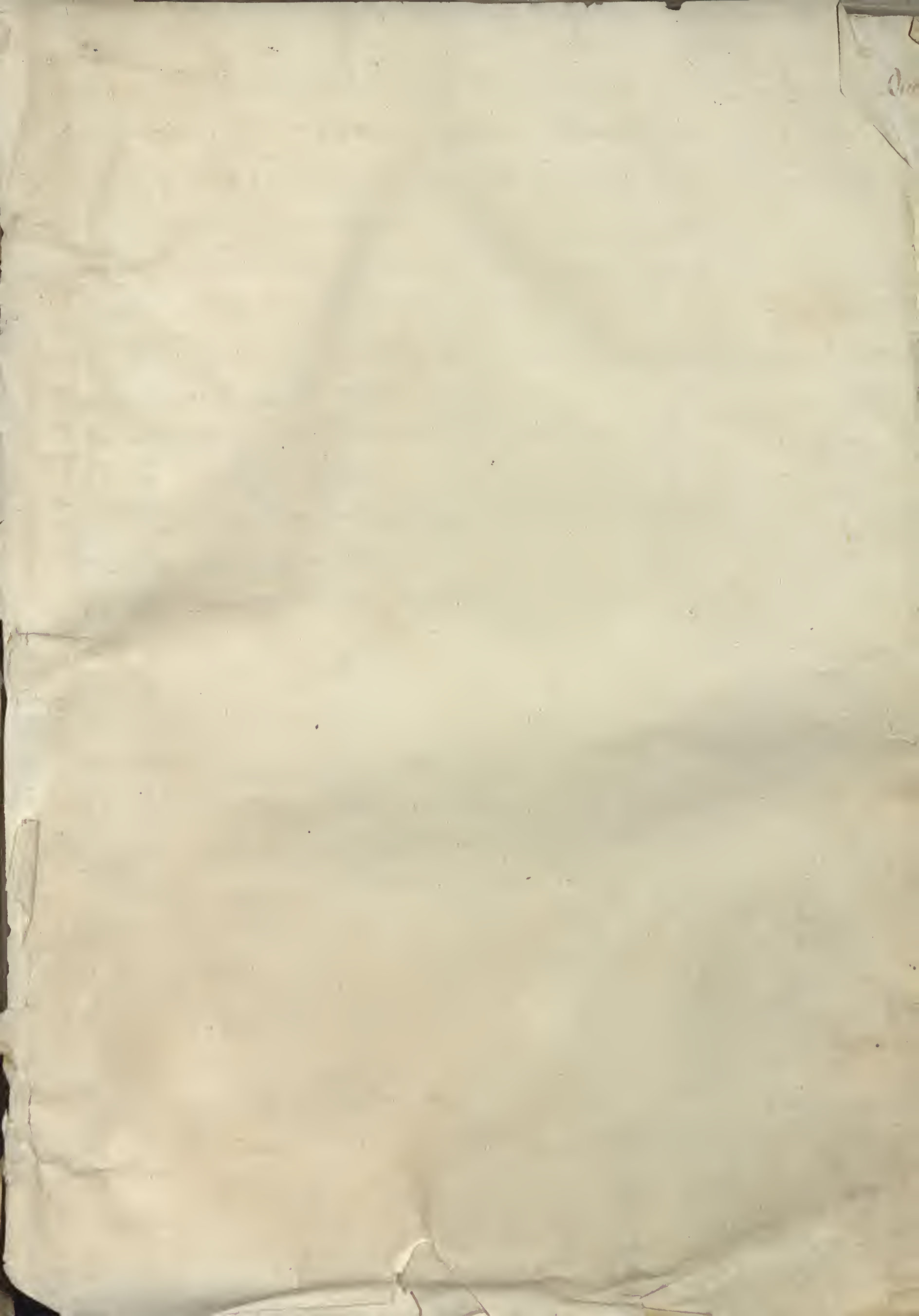

111
Diuersorū, Doctorū, Con
Est 111
N° 81



1. . Alegacion en dro. por D. Pedro Luis Fernandez de Ixar Conde de Belchite sobre el Ducado de Ixar y Condado de Belchite = Zaragoza = [illegible] = 1665.

2. . In processu Didaci del Fel Mercatoris super [illegible] contra Petrum la Viña Mercatorem.

3. . In processu [illegible] Dominici [illegible] et [illegible] de Fuentes

4. . [illegible] Comisa de [illegible] contra D. Esteban [illegible] de Castro [illegible]

5. . [illegible] Michaelis Hinojosa presbiteri Vicarii [illegible] de Villel

6. . Informacion en dro. contra [illegible] et Pedro Matias Anzano sobre asesinato

7. . Idem en favor de Pedro Matias Anzano

8. . Sententia in processu Archiepiscopi D. Petri Apaolaza et aliorum.

9. . Por el Arzobispo de Zaragoza.

10. . Consulta sobre el Valor de una profesion

11. . Idem sobre nulidad de lo mismo.

12. . Resumen de todas las razones [illegible]

13. . Sentencia.

14. . Escrito por la Jurisdiccion ecca. sobre [illegible]

15. . Por D. Pedro [illegible] sobre [illegible]

16. . Gabriel Pelin de Chaves [illegible]

17. . Consulta sobre diezmos y varios documentos [illegible] de la Villa de [illegible]

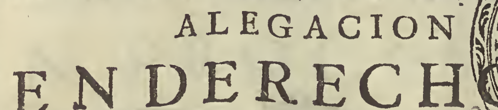
18. . Por el Convento de Religiosas de Nra. Sra. de [illegible] de Barcelona con D. Miguel de Clariana sobre [illegible] = Barcelona [illegible] 1696.

19. . Pro [illegible] contra Rev. Plebanum, [illegible] et [illegible]

20. . Allegationes pro Justificatione suspitionis propositae per D. D. Franc. [illegible]

21. . Justificacion juridica de las Contrataciones que [illegible] de [illegible] Tribunal de la Capitania general = Barcelona = [illegible] 1675

22. . Alegacion juridica en defensa [illegible] Barcelona [illegible]



ALEGACION EN DERECHO, Y FVERO.

POR EL ILLVSTRISSIMO SEÑOR DON PEDRO LVYS, FERNANDEZ DE YXAR, CONDE DE BELCHITE, Cavallero del Orden de Santiago, y Comendador mayor de Montalvan.

SOBRE LA SVCCESSION DEL DVCADO DE YXAR, Y CONDADO DE BELCHITE.

DEL DOCTOR JOSEF VBERTE, Cathedratico (antes) *de Sexto, y Visperas de Canones en la Vniuersidad de Zaragoça, Aduogado de los Reos en el Santo Oficio de la Inquisicion de Aragon.*





En Çaragoça, por DIEGO DORMER, Año 1665.



IESVS, MARIA, IOSEF.

IN PROCESSV EGREGII DON PETRI GEORGII FERNANDEZ DE YXAR.

SOBRE LA SVCCESSION DEL ESTADO DE YXAR, Y CONDADO DE BELCHITE.

POR EL ILLVSTRISSIMO SEñor Don Pedro Luys Fernandez de Yxar, Conde de Belchite, Cauallero del Orden de Santiago, y Comendador mayor de Montaluan.

IN ARTICVLO LITISPENDENTIÆ, VERTENTI IN CVRIA DOMINI IVSTITIÆ ARAGONVM.



SCVSABA el Doctor Maximo de la Iglesia Geronimo a los Santos Hilario, y Cipriano, de auer escrito despues de aquella docta pluma Africana, siguiendo los eruditos rumbos de Tertuliano, y pissando las discursivas huellas de su elegante Minerva. *Stamina* (dize in præfat. Epist. ad Hebreos) *& fila non nunquam ponunt priores vt posteriores vestem inde conficiant*, no yà de grosero estambre, sino de finissimo oro de Tibar son los hilos que diestramente doblaron los mas Insignes Advogados de Europa patrocinando esta causa,

para que lo precioso, y lo flamante de su tela supla mi desaliño, si el vestido de esta Alegacion no le cortare yo a medida de mi deseo.

Por mui conveniente juzgò el timbre de la agudeza Christiana San Agustin, *cap. 3. de Trin.* que tuviera muchos Pregoneros la Verdad: *Vtile esse* (dize) *plures libros à pluribus diverso stylo, etiam de eisdem quæstionibus fieri, vt ad plurimos res ipsa perueniat, ad alios quidẽ sic, ad alios vero sic.* Son Clarines sonoros las doctas alegaciones escritas por mi parte, que en accẽtos dulces publìcan la justicia q̃ le asiste, y entre lo metrico de su harmonia, no ha de ser disonante lo ronco de mi voz.

Suele engazarse en vna sortija de oro el Diamante de Zeilan, y en torno de sus esplendientes luzes Esmeraldas verdès, finissimos Rubies, y tal vez el Claveque de menos esplendor, para que con la artificiosa composicion, aunq̃ en el lucimiento desiguales, mutuen lo brillante de sus fondos, y con la hermosa variedad alegren los ojos del que desapasionado le mira. *Neque hos nego* (dezia Iuan Barclayo en su elegante Argenis *lib. 1.*) *ad aulas sæpe accedere qui ita adscititijs radijs splendescunt, vt exactæ naturæ opera esse credantur; velut obscuriores gemmæ interdum ab artificio, & circumposito auro lucem accipiunt optimis parem.* Este humilde Claueque de mi alegacion, engazado en el oro de la verdad, no ha de desmerecer, por su limitado valor, los ojos de V.S. pues con la primorosa correspondencia, y vnion de otras piedras, y diamantes mas preciosos, beviendoles sus rayos, ha de ser objeto deleitable a la vista.

Estas son las razones, y piedras fundamentales que me obligaron a tomar la pluma, necessarias, por la obediencia; superfluas, porque es de calidad esta causa, q̃ ella por si mis-

misma se defiende, ex trita *Ciceronis Orat. in Vatin.* cui addẽda *l. 1. C. si minor ab hæredit. se abstin.* ibi: *Testificatio necessaria non est cum fides veritatis verborum adminicula non desideret*; que son Herculeas sus fuerzas, y pues Hercules llamaron al Sol, segun Macrobio *lib. 1. Saturnal cap.* 20. no han de obscurecer su luz quantas nubes se le opongan.

Dividese esta Alegacion en dos partes principales, y cada vna, segun conuiniere para mayor claridad, en sus paragrafos.

En la primera fundarè la inclusion de mi parte, y exclusion del Excelentissimo Señor Don Iayme Sarmiento Fernandez de Yxar, y que en las escrituras de donde entrambos deriban su pretension, se expressa, y contiene Mayorazgo de agnacion rigurosa. En la segunda se darà satisfacion a los titulos con que pretende la parte contraria que ha de discurrir la succession de estos bienes, por via de Mayorazgo Regular.

PARTE PRIMERA.

§. I.

FVNDASE LA INCLVSION DEL ILLVStrissimo Señor Conde de Belchite, y exclusion del Excelentissimo Señor Don Jayme Sarmiento Fernandez de Yxar: y que en las escrituras de donde entrambos deriuan su pretension, se expressa, y contiene Mayorazgo de agnacion rigurosa.

1 INcluyese el Illustrissimo Señor Conde de Belchite con la Capitulacion Matrimonial de Don Luis Fernandez de Yxar el Segundo, con Doña Beatriz de Alagon,

gon, otorgada el año de 1513. cuya substancia està en el sumario deste processo fol. 26. en la qual Don Luys el primero su Abuelo le hizo donacion del Estado de Yxar, y Belchite, fundando vn Mayorazgo entre sus descendiẽtes Varones de Varones, de legitimo matrimonio procreados, de mayor en mayor, guardando el orden de primogenitura, que no sean Religiosos, ni en Sacros Ordenes constituydos: Y en falta de estos a Don Alonso de Yxar su Nieto, y hermano de Don Luys Segundo, y sus descendientes; Y en defecto destos a Don Iuan de Yxar su Nieto, y hermano de Don Luys Segundo, y a sus descendientes: Y despues de estos a Don Pedro Fernandez de Yxar su Nieto, y hermano de Don Luys Segundo (y Tercer Abuelo del Illustrissimo Señor Don Pedro Fernandez de Yxar mi parte) y a sus descendientes Varones de Varones, y faltando dicho Don Pedro, y sus descendientes, llamò a Don Carlos Fernandez de Yxar su nieto y hermano de dicho D. Luys Segundo, de forma, que de cinco nietos que tuuo Don Luys el primero de Don Iuã el Tercero su hijo, a todos los cinco les llamò, y graduò en el Mayorazgo, y a sus descendientes Varones de Varones perpetuamente, sin mezclar entre estos llamamientos hembra alguna: si bien en defecto destas cinco lineas contempladas, y de los descendientes Varones de Varones de aquellas, llamò a las hijas de sus cinco nietos, succesiuamente, con condicion, que el marido con quien se casaran huuiera de lleuar èl nombre, y armas de Yxar.

2 Sucediò Don Luis Segundo, y tratando de casar a Don Iuan el Quarto con Doña Isabel de Espès el año 1538. hizo otra Capitulacion, y vinculo copiado de la misma forma, y tenor que el que le fundò su Aguelo en su Capitulacion Matrimonial. Y esta escritura se halla en

el

el Sumario fol. 34. y es en ſubſtancia la miſma, reſpecto del Vinculo, que la Capitulacion Matrimonial de Don Luis el Segundo con Doña Beatriz de Alagon; y en eſte hecho, ſin diſputa alguna, concordamos con la parte cõtraria. Pero en lo que diſcordamos, es en la inteligencia deſtas eſcrituras, pues dize, que en ellas ſe ha fundado vn Mayorazgo de ſimple maſculinidad, y que para ſucceder en eſtos Eſtados, baſta el ſer Varon proximo, y de linea predilecta, aunque deſcienda por hembra, quod inficiamur, & in quo lis vertitur, pues con toda claridad cõ expreſsiſsimas doctrinas con opinion mas comun, y mas ſegura, y con deciſiones de los mas graues Tribunales del Orbe, ſe procurarà fundar, que en terminos de menos vrgentes circunſtancias que las de nueſtro caſo quando en los Mayorazgos, ſe llaman perpetuamente los deſcẽdientes varones, no le baſta, al que ha de ſuceder la calidad de Varon, ſi no tiene la de Agnado; quanto mas en nueſtro caſo, en que ſe hallan tales circunſtancias, y letra tan expreſſa, que eficaciſsimamente perſuade, y conuence auerſe contemplado la agnacion en eſtos Vinculos.

3 Para lo qual ſupongo lo primero, que los Mayorazgos, y Primogenituras, ſe han introducido a fin de cõſervar la familia, y agnacion, Tiraquel. *de iure primogen. quæſt. 72. nu. 2.* ibi: *Quæ igitur ratio eſt huiuſmodi conſuetudinis? Neq; enim videri poteſt, id ſine ratione ſtatutum, & obſeruatum à tot populis: Et profecto magna eſt: nam id ius primogenituræ introductum fuiſſe videtur ad conſeruationem domus, familiæ & agnationis, vti voluit inter multos Socin. conſ. 47. facti narratione col. 2. verſ. Secunda ratio lib. 3. & Paulus Pariſius conſ. 72. Adveram col. 9. num 81. Vbi etiam dicunt plerique omnes de ſtatuto præferente maſculos fœminis.* Luis de Moli-

lina *de Hispan.primog lib.* *cap.* 1. *nu.* 22. sintiò lo mismo, definiendo el Mayorazgo, ibi: *Ius succedēdi in bonis ea lege relictis, vt in familia integra perpetuò conseruentur, proximoque primogenito ordine successiuo deferantur.* Y lo mismo sintiò *lib.* 2. *cap.* 1 *num.* 3. Este nombre *Familia*; yà se sabe, que es ciuil, Fusar. *de substit. q.* 499. *num.* 7. y debaxo dèl, regularmente se comprehende la Agnacion, Intrigliolus *de substit. cent.* 3. *q.* 79. *nu.* 13. Barbos. *Appellat.* 94. *num.* 11. Fusar. *d num.* 7. Pertusa *in Foro vnico de testamentis*, aunque aliàs impropriamente, y segun la materia sugeta, veniant aliæ personæ, vt gener, Nurus, &c. vt Barbos. *d appellat.* 94. *nu.* 33. Pero en materias de Vinculos appellationæ familiæ solum comprehenduntur agnati, Peregrin. *de fideicom. art.* 25. *num.* 25. *&* 47. Sfortia *cons.* 46. *num.* 53. Fusar. *de subst. q.* 352. *num.* 9. Barbos. *vbi supra num.* 17. 19. *&* 22.

4 Supongo lo segundo, que el Mayorazgo de Agnacion, es por muchas razones fauorable: La primera, porque el que le funda, y contempla la Agnacion, es como el prouido Agricultor, que corta los sarmientos, y ramos mas frondosos, para que recogido su vital vigor, y vegetatiua virtud, crezca la cepa, ò arbol, y rinda mas opimos frutos, ita Dominic. Soto *de iustitia, & iure lib.* 4. *q.* 5. *art.* 1. *vers. At vero*, ibi: *Primogenia instituentes agricolis prudentibus similes esse, qui arbori, & viti minores ramusculos circumquaque amputant, vt præcipuū germen in truncum excrescat.* Sequitur Molina *de Hispan. Primogen. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 4. *cum alijs.* La segunda razon es, nam res de facili reuertitur ad suam naturam, *l. si vnus*, §. *pactus ne peteret ff. de pactis*, Alex. Raudensis *de successione Regni Portugaliæ, responso* 2. *num.* 117. Valenzuel. *cons.* 124. *num.* 11. *tom.* 2. y siendo de su

il na-

natiua origen del Mayorazgo la conſeruacion de la Agnacion, fauorablemente buelve à ſu centro el Mayorazgo agnatio, nam ſi naturalia concurrant cum accidentalibus præferuntur Franciſcus Molina *de ritu nuptiarum lib. 3. q. 85. num. 55.* Barboſ. *axiomate 155. num. 3. &* 4. Y ſiendo qualidad, y accidente natural del Mayorazgo, la conſeruacion; y la contemplacion vnica de la ſimple maſculinidad qualidad eſtraña, que apenas la conoce el derecho en materia de Mayorazgos, por el agrauio q̃ haze a las hembras, pues el Varon mas remoto, excluye a la hembra mas propinqua; como conſiderã Mieres *de Maiorat. 1. p. q. 48 num. 72.* Caſtillo *tom. 2. cap. 22. num. 12. & tom. 4. cap. 36. num* 34. D. Seſſe *deciſ.* 37. De aì nace el deuerſe preferir el Mayorazgo agnaticio como fauorable, al de ſimple maſculinidad.

5 Suponeſe lo tercero, que la conſeruacion, y contẽplacion de la agnacion, es de derecho diuino, natural, y poſsitiuo; y en prueua de eſto ſe trae el *cap fin.* de los Numeros, en donde los Principes de las familias de Galaad hijos de Machir, y Manaſes, hablaron a Moiſes, diziendole, que auiendole mandado Dios, que dividiera la tierra de promiſsion entre los hijos de Iſrael, y a las hijas de Salphad, ſe les diera la parte, y porcion de ſu padre, ſe ſeguia vn graue inconueniente, en caſarſe las hijas de Salphad con varones de otra Tribu, pues paſſarian las haziẽdas a otras familias, a otras Tribus, y a los Maſculos deſcendientes por hembra de la Tribu de Ioſeph, confundiendoſe las ſuertes, y diuiſion hecha por mandado de Dios. A lo qual reſpõdio Moiſes: *Recte Tribus filiorum Ioſeph loquta eſt. Et hæc lex ſuper filiabus Salphad à domino promulgata eſt: Nubant quibus volunt, tantum, vt ſuæ Tribus hominibus: ne comiſceatur poſſeſsio filio-*

rum Israel de Tribu in Tribum. Y mas adelante: *Cunctæ fœminæ de eadem Tribu maritos accipient: vt hæreditas permaneat in familijs* (esto es en los agnados como se viò por la experiencia) *nec sibi misceantur Tribus, sed ita maneant, vt à domino separatæ sunt, feceruntque filiæ Salphad, vt fuerat imperatum: & nupserunt Maala, & Thersa, & Hegla, & Melcha, & Noa filijs patrui sui* (que eran sus agnados) *de familia Manases qui fuit filius Ioseph: & possessio quæ illis fuerat attributa mansit in Tribu, & familia patris earum.*

6 Esta ley que se promulgò en el Pueblo de Dios, con ocasion de la demanda de las hijas de Salphad, aunque fue judicial, y expirò con la Republica Hebrea, pero fundòse en la equidad natural, segun Luys de Molina, *tom.* 3. *de iustitia, & iure, disput.* 625. porque antes de hazer la ley positiva, y estando aun en los terminos de la natural, respondiò Dios a Moyses en quanto a este caso, que las hijas de Salphad pedian cosa justa, y lo mucho que le agradò la demanda, diò causa al edicto, y fue el motivo de hazerse ley general para todos, como considera el Padre Marquez en el Governador Christiano, *lib.* 1. *cap.* 30.

7 Y esta equidad, y justicia natural se confirma, porque la muger es cabeza, y fin de su Familia, *l. pronuntiatio.* 195. *in fine*, vbi notant communiter DD. *ff. de verb. signific.* y casandose transit in familiam mariti, *l. fœminæ.* 8. *l. nuptæ.* 12. *ff. de Senatoribus*, y los hijos siguen la famila del padre, y no la de la madre, *l. familiæ* 169. §. 1 *ff. de verb. signif.* en donde nota la razon Gotofredo, ibi: *Hoc ideo, quod in fœminam nullum ius adgnationis trãseat*, y a esto parece que aludiò Ciceron *lib.* 2. *de legibus*, quando dixo: *In civitatibus ratione quadam agnationi-*

bus

bus familiarum distinguntur status, y assi mudando de familia, se muda la agnacion, *l. 5. ff. de capite minutis*, por donde todas las Republicas hã preferido como por derecho de gentes los hijos varones a las hijas, porque el hijo conserva la memoria, familia, y agnacion del padre, y por esso toma el apellido de aquel, y no el de la madre, cuyo conocimiento se sepulta en pocos años: De donde infiere bien Molina *de primogen. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 12. con Paulo de Castro *cons.* 164. *num.* 18. *lib.* 2. que aunque *las* hijas sean de mayor edad, siempre se reputaron por de segundo grado: y San Geronimo *sup. cap.* 2. *Ecclesiast.* poniendo los ojos en el alma de esta razon, advierte, que los Santos del Testamento Viejo no engendraron hijas, sino raras vezes, y que Iacob, padre de doze Patriarcas no tuvo otra mas que a Dina, por quien se viò en vn peligro grande, y que solo Salphad que muriò en su pecado las engendrò todas hijas, sin aver tenido hijo varon.

8 De derecho comun es notorio, quanto atendiò a diferir la herencia, y succession a los agnados antes que a los varones descendientes por hẽbra ex illa, *l.* 12. *Tab. Agnatus proximus familiam habeto.* relata ab Vlpiano *in fragm. tit.* 26. *de legitim. hæred. & ex l.* 1. *& l.* 2. *ff. de suis, & legitimis, l.* 1. §. *siquis proximior. ff. vnde cognati, l. Iurisconsultus* 10. *ff. de gradibus, & ad finibus, l.* 14. *C. de legitim. hæred.* Y en Castilla la *l.* 6. *tit.* 13. *partit.* 6. Ant. Gomez *in l.* 8. Tauri *à num.* 5. Matienzo *ad l.* 5. *Glossa* 1. *num.* 2. *tit.* 8. *lib.* 5. *recopilat.* Spino *de testam. Glossa* 1. *num.* 36. *& toto, tit. inst. de legit. agnat. success.* cum ibi tradditis ab institutistis, en Aragon el Fuero *vlt. de iure dotium.* Casanate *cons.* 54. *nu.* 16. Suelves *cons.* 74. *num.* 13. *in cent.* y en tanto grado, que el de-

re-

recho comun antes fiò de los agnados la tutela de los pupilos, la custodia, y conservacion de sus haziendas, que de otros qualesquiere cognados, y descendientes varones por hembra, *l. 1. ff. de legitimis Tutoribus, toto tit. instit. de legit. agnat. tutela,* Caldas *in l. si curatorem, vers. Sine curatore, num.* 10. *C. de in integr. restit.* Y assi de esta como de las otras razones supuestas claramente se conoce que la contemplacion de la agnacion, es mui conforme al derecho diuino natural, y possitiuo; y que serà facil de persuadir.

9 Supongo lo quarto, que en el punto que hemos de disputar, *an appellatione masculorum descendentium in fideicommissis solum comprehendantur agnati? An etiam masculi ex fœminis?* Ay tres opiniones: La primera defiende con grande numero de Doctores, que indistinta, y absolutamente se comprehenden solamente los agnados, & masculi ex masculis, & non masculi ex fœminis, Castillo *controuers. lib. 3. cap. 29. num. 2. vers. Hij autem;* refiere mas de cinquenta Autores, que constantemente lleuaron esta opinion por mas comun, y recibida con tan solidos fundamentos, que quando en el caso presente no tuuieramos letra clara de agnacion, cō toda satisfacion nos desempeñaran del assumpto: Pero no los auemos de menester, porque à mas de lo expresso, y literal de la carta en que non simpliciter se llaman, y contemplan los varones, sino *los Varones de Varones* Ai otras conjecturas de agnacion tan claras, y euidētes, que no necessitamos de valernos de las razones q̄ ponderan.

10 La segunda opinion es la contraria a esta, que appellatione descendentium masculorum in fideicommissis comprehenduntur masculi ex fœminis: la qual, ni tiene tanto sequito, ni tan seguras razones, como la pri-

me-

mera, vt videre est apud citatos à Castillo *d. lib. 3. cap. 29. num. 4. & 5.* Y aunque la parte contraria se vale mucho de las razones de esta segunda opinion, ponderãdo mucho la corteza de las palabras *Varones*; pero esto pudierase disputar en terminos sencillos, mas no donde ai letra clara, y contemplacion de agnacion, como se fundarà en el caso presente.

11 La tercera opinion distingue; O se contempla la agnacion, y entonces appellatione masculorum non cõprehendũtur masculi ex fœminis, y en esto no ay Autor q̃ discrepe, todos conuienen, ex Castillo *d. lib. 3. cap. 29. n. 6.* siue expresse, siue tacite contempletur agnatio: Vt prosequitur, idem Castillo *d. cap. 29. num. 17. cum multis*: Mieres *de Maiorat. 2. p. pag. 6. num. 9.* Molin. *de ritu nuptiarum lib. 3. quæst. 24. num. 103.* *Couarr. in Practicis cap. 28. num. 6.* O no se contempla la agnacion, neq; expresse, neque tacite? Y en este caso pęne innumeri Doctores tienen constantissimamente, que sola la masculinidad, sin otras conjecturas, ò presunciones, es bastante para conocer que està contemplada la agnacion, vt constat ex adductis à Ramona *cons. 15. num. 14.* Castillo *lib. 2. controuers. cap. 4. ex num. 78. vsque ad num. 83.* vbi quam plures refert, Sesse *decis. 254. clausula 16. nu. 113. & decis. 362. num. 95.* Casanate *cons. 20. nu. 33.* Barbosa *appellatiuo 141. num. 1.* Giurba *decis. 32. num. 14.* Addit. ad Molin. *lib. 3. cap. 5. num. 25.* Merlin. *de legitima lib. 1. tit. 2. quæst. 11.* Fusar. *de subst. quæst. 499. nu. 15. & quæst. 311. n. 64.* & alij infiniti ab ipsis cumulati; Aunque algunos han lleuado en este caso, de no estar expressa, ni tacitamente cõ conjecturas, contemplada la agnacion, quod appellatione masculorum non comprehenduntur masculi ex fœminis.

12 De lo dicho se infiere, que siendo la contemplacion, y conseruacion de la agnacion la causa, y origen de auerse introducido todos los Mayorazgos, y siendo aquella fauorable, y de derecho diuino, natural, y possitiuo; a pocos lances, y conjecturas que sobre lo expresso, y literal del llamamiento *de Varones de Varones*, persuadan auerse contemplado la agnacion; no avrà Autor en toda la Iurisprudencia, que no responda por los agnados contra los descendientes de hembra: Quanto mas estãdo expressada en las escrituras por donde se incluye mi parte, como se fundarà, nam expressum dicitur, quod per necesse ex expressis colligitur, aunq̃ aya Estatuto de estar a la carta, Casanate *cons.* 60. *num.* 12. Sesse *decis.* 63. *num.* 20. *& decis.* 113. *n.* 170. *& decis.* 189. *num.* 52. *& decis.* 202. *num.* 31. Additionator ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *nu.* 1. *&* 42. Barbos. cum innumeris *Axiomate* 89. *à num.* 5. *vsque ad num* 14. Nam expressa vocatio, & contemplatio dicitur omnis sermo, & loqutio dilucide explicans personam de qua quis loquitur, & nominatim vocatus, cuius nomen, prænomen, cognomen, agnomen, siue artificium, aut officiũ exprimitur, *l. Quoties* 9. §. *si quis nomen, ff. de hæred. instit. l.* 1. *&* 2. *ff de lib. & posth.* no es necessario el nombre proprio de *Agnados*, basta alguna cierta demõstracion de la agnacion, para que se diga expressada, *l. nominatim* 88. *ff de legatis* 3. *l. nominatim* 34. *ff. de condit. & demonst. l. nominatim* 24. *ff. de manumis. testam.* Petra *de fideicommis. q.* 15. *num.* 190. Mantica *de coniect. lib.* 7. *tit.* 11. *num.* 6. *&* 7. Ferrer *in Consti. Catalon. Gloss.* 4. *num.* 52. Gamma *decis. Lusita.* 51. *num.* 8. Castillo *tom.* 6 *controuers. cap.* 143. §. *vnico*; y assi para hazer patente la contemplacion, se irà discurriendo por las conjecturas que claramente lo persuaden.

§. II.

CONJECTURA PRIMERA, DE LA calidad del Instituyente.

13 FVe Don Luis Fernandez de Yxar el primero octa-uo nieto, por linea recta de varon del Serenissimo Señor Rei Don Iaime el Conquistador; y fue tambien el que fundò este Mayorazgo: Es propension de la naturaleza humana, el amar cada vno a su semejante: *Nihil autem amabilius quam similitudo*; dixo el Principe de la Eloquencia *lib. 1. officior.* formò la eterna sabiduria al hōbre, *Genes. 1.* y el fin, que tuuo fue sacar vna estampa finissima de su diuinidad, aspirãdo a la semejanza de Dios, en lo lucido de vna perfecta imitacion, como espejando en vna tabla de christal de roca, su diuina bondad, y justicia. Y por el Eclesiastico en el *cap. 13.* dize: *Omne animal diligit simile sibi, & omnis homo similem sibi.* Y es sentēcia de Aristoteles *lib. 2. de generat. & corrupt. c. 4. Quod in habentibus simbolum, & similitudinem facilior est transitus.* Y Quintiliano *declam. 307. Iungit ammicitias similitudo morum.* Y Collumella *lib. 6. de re rustica, cap. 36. Similia similibus familiora natura fecit.* Y Plinio *lib. 4.* Epist. ad fundanum. *Est ad connectendas ammicitias tenacissimum vinculum similitudo.* Y Simacho *in cœnis Macrobianis lib. 7. Similibus similia gaudent.* Y Plato *lib. 6. de legibus: Singuli semper ad sibi similimum natura feruntur.* Hasta en los brutos se verifica este adagio iuxta illud Teocriti *Idyl. 9. Formicæ formica placet, Cicada cicade*, vt plura adducit Arist. *lib. 1. eticor. cap. 11. & lib. 8. cap. 1.* Y en los inanimados cuerpos, lo nota Plinio *lib. 16. cap. 42.*

14 Y aquel Aristotelico dicterio, quod in habentibus simbolum, & similitudinem facilior sit trãsitus, tiene tambien grande apoyo en la Iurisprudencia, pues en cõfirmacion suya, se cita, y lo prueba la *l in rem.* 23. §. *Itẽ quæcumque in fine, ff de rei vendicat l. An inutilis* 8. §. *acceptum, ff de acceptillat l.* 3. §. *vltim cum l. sequenti. & l. sed cum patrono in princip ff. de bonorum poss. ff.* Albericus *in l. sed si quis,* §. *quæsitum, col.* 2. *ff si quis cautionibus*, Signorol. *cons.* 2. *col.* 2. Bald. *cons.* 324 *lib.* 1. *& cons.* 229 *lib.* 4. Ancharran. *cons.* 422. *& cons.* 336. Iasson *in l Qui Romæ, col.* 4 *ff de verb. obligat.* en donde advierte, que los Varones tienen mas afecto a sus descẽdientes varones, y las hembras a las descendientes hembras propter sexus similitudinem: y que la semejanza en el nombre sea causa de mayor afeccion, es elegante texto la *l. cum filius,* §. *pater,* ibi: *Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem mei nominis, ff de legatis* 2. cui concinit *l. Hoc iure,* §. *vltim ff de donationibus*, & alia cumulat Decius *cons.* 273. *col.* 2. y esta simbolica afeccion, la notan, y prueuan los Canonistas del *cap. Nerui.* 13 *distinct. & ex cap. Transmissam, de electione, & electi pot.* Ioannes Andreas, & communiter omnes in *cap fraternitatis de frigidis, & malefic.* y de aqui nace el presumirse legitimamente el delicto contra vno que tiene semejanza en las costumbres con otro delinquente, que expressamente consta auer cometido el mismo delicto, *l. eum qui, C. de Episcop. & Clericis, cap. inter solicitudines de purgat. Canonica, cap Clericus* 81. *distinct. cap peruenit* 2. *q.* 7. *cap. didici* 1. *q.* 7. *l ædiles,* §. *hoc autem ff de ædilitio ædicto, l. cohortalis, C. de cohortalibus lib.* 12. Baldus *cons.* 95. *lib.* 1. Y Tiraquel. *l.* 5. *connubiali num* 28 *fol.* 45 *pag* 2. dize, q̃ quando es dificultoso de probar el matri-

tri-

trimonio, la ſemejanza entre los conyuges litigantes es legitima preſuncion de auerle contraìdo, aunque no ſuficiente a ſolas. Prueualo de la *l. Imperialis*, §. *immò*, *C. de nuptijs*, y otros, qui alli cita.

15 Deſtos, y otros muchiſsimos efectos, quos longum eſſet recẽſere, es cauſa el afecto, y amor natural que cada vno tiene a aquel, que es ſu ſemejante; Por donde ſe infiere, que quando ay duda, ſi las hembras ſe hã de admitir, ò no, en vn Mayorazgo? ſe atiẽde mucho, y es poderoſa conjectura la calidad del Inſtituyente, porque ſi es hembra no ſe preſume q̃ excluìa a ſus ſemejantes; ſi es varon facilmente ſe preſume excluirlas de la ſucceſsion, Ancharran. *conſ*. 339. *col*. 4. Rubeus *conſ*. 22 *col*. 2. Tiraq. *de iure primogeniorum*, *q*. 10. *num. finali*, Alciatus *conſ*. 8. *num*. 37. *in fine*, *lib*. 9. Y conſiguientemente, ſi el fundador es varon ſe preſume contemplar la agnacion ſi es hembra la fundatriz, ſe preſume llamar a los deſcendientes de hembra, Socin. ſenior *conſ*. 43. *num*. 11. *verſ*. *Secundo*, *vol*. 3. Pariſius *conſ*. 88. *nu*. 26. *vol*. 2. Mantica *de coniectur*. *lib*. 7. *tit*. 10. *num* 6. Y ſiendo varon, y perſona Iluſtre el fundador, es vrgentiſsima la conjectura de auer cõtemplado ſu agnacion, Tiber. Decian. *conſ*. 31. *num*. 240. *vol*. 1. Caſanate *conſ*. 53. *num*. 6. por el afecto con que aſpira cada vno a honrar a ſu ſemejante, y no es leue eſta conjectura, ſino la mas principal, y poderoſa, y por nacer de la afeccion del Inſtituyente, es la reina de las conjecturas, Mantica, *d. lib*. 7. *tit*. 10. *num*. 13.

16 Fueron ſemejantes a Don Luis Fernandez de Yxar, fundador de eſte Mayorazgo el Egregio D. Pedro Iorge Fernandez de Yxar, y el Iluſtriſsimo Señor D. Pedro Luis Feruãdez de Yxar, y todos ſus agnados: Porque aſsi como aquel fue varon, tambien lo ſon eſtos: aſsi co-

mo aquel derivò toda su Nobleza de varon en varõ por recta linea masculina de la Real sangre del Serenissimo Señor Rei Don Iaime el Conquistador, assi tambien estos la derivan; assi como aquel, con natural cadencia, y sin artificio lleuò el esclarecido timbre, y nombre de Fernandez de Yxar, assi tambien estos: Assi como aquel no fue de otra familia, que de la de Fernandez de Yxar, tampoco estos lo son de otra que de la misma: Luego la presumpcion es clara, de que a estos les auia de tener mas singular afecto por serle sus semejantes.

17 El Excelentissimo Señor Don Iaime Sarmiento, aunque le ilustra por parte de Madre el claro renombre de Fernandez de Yxar: no es semejante al fundador deste Mayorazgo, pues no es descendiente por recta linea masculina del Señor Rei Don Iaime: su proprio apellido es Sarmiento, del qual deriua toda su Nobleza, porq̃ aunque su Madre es Fernandez de Yxar, la Nobleza no se deriva por la madre, sino por el padre, Tiraquel. *de Nobilitat. cap* 18. *nu.* 20. ibi: *Quoniam nobilitas est quædam dignitas à Parentibus deriuata quæ denominatur à potentiori causa: Est autem potentior forma quam in generatione omnium consensu, vir præbet, quam materia à muliere traddita: cũ forma sit agens, & materia patiens, sitque omne agens nobilius patiente.* Cita a Baldo, Ancharrano, y otros muchos que asientan en lo mismo.

18 De donde se infiere, que deriuando el fundador deste Mayorazgo toda su Nobleza de la familia de Yxar, y el Excelentissimo Señor Don Iaime, toda su Nobleza de la familia de Sarmiento, quando el llamamiento de los varones fuera dudoso, lo deuiamos entender de los varones que tuuieran la qualidad del fundador, nam verba debent intelligi secundum qualitatem profferentis,

tis,& diſponentis, *l. ſervus plurium*, §. *vlti. de legatis* 1. Mieres *de maiorat.* 1.*p q*.5 *à num.* 13. Mantica *de coniectur. lib*.6.*tit.* 10. Maſcard. *de probat. to*.3. *concl.* 1046. *& concl.* 1417. *à num.* 16.*& ſeq.* Decianus *conſ.* 114.*nu.* 17.*lib.* 3. Menoch. *lib.*1.*præſ.*28.*nu.*12. *& lib.*4.*præſumpt.* 106. *num.* 22. Caſtillo *lib.*5. *controu cap.*84.*à nu.*12. Alvarado *de coniectur. mente defuncti lib.*4.*cap.*1. *à num.* 1. *& lib.*2.*cap.* 11.§.1. *num.* 1. *&* 10. en donde cuentan eſta cõjectura, por vna de las mas principales que el derecho conoce en caſo dudoſo: La calidad del fundador, era el ſer deſcendiente varon de varones, por recta linea maſculina del Real tronco de Yxar: Luego quando llamò varones, los quiſo de aquella calidad.

§. III.

CONJECTVRA SEGVNDA, DE LA circunſtancia de los bienes.

19 Bienes tan quantioſos, y qualificados, como ſon los aprehenſos, que ſe componen de tantos Caſtillos, Villas, Lugares, Vaſſallos con juriſdiccion, y Titulo de Conde de Belchite, y Duque de Yxar, de tan grande eſtimacion como ſe puede conſiderar, no es preſumible, ni imaginable, que el fundador de eſte Mayorazgo los dexara a perſona que no fuera de la Caſa, de la Familia, de la Nobleza, y del Nombre de Fernandez de Yxar, y cõſiguientemente a quien no fuera ſu agnado; y no ſolamẽte prueuã eſta conjectura de los bienes a fauor de la agnacion, Griuello *deciſ.*22.*num.* 14. Caſanate *conſ.* 47.*nu.* 20, Decio *conſ.*481. Deciano *conſ* 31. *num.*147. Pelaez *p.* 1.*q.*59. *num.*249. Ramona *conſ.* 17.*num.* 28. y la deciſion

de

de la Real Audiencia de Valencia, en fauor de Don Iuan Maza de Callosa, *num.4 die 29. Iulij, año* 1570. sino tambien otros muchissimos.

20 Gutierrez *lib.3. practicarum quæst.17. n. 274.* dize: *Pro quo facit, quia quando prohibetur ne antiqua maiorum domus alienetur; semper videtur inductum tacitum fideicommissum in fauorem agnationis ex qualitate rei, etiam si ratio illa non exprimatur, Glossa 1. in l. Quoties ab omnibus, C. de fideicõmissis, Bart. in l. filius fam. §. Diui, num 3. & 4. & ibi Iass num.8. Ripa num.4. Alex. num.1. ff de legatis 1. Mantica de coniectur. lib. 7. tit.12. num 7. Et Glossa illa in hoc est communiter approbata secundum Peraltam. & eum aliosque referentem Doctor Anton. de Padilla in d l. Quoties ab omnibus num.* 10.

21 Ciriaco *tom.1. controuers. Forens.* 96. recoge diuersas conjecturas que persuaden estar contemplada la agnacion. Y en el *num.* 25. dize: *Tum, & quarto, quia particulariter disposuit, & inuigilauit, vt conseruetur domus eius magna Mantuæ honorifica Rusticis ad l. cum Abus lib.4 cap.2. num.30. Menoch lib.4. præsumpt. 69 num.18. Galuan cons.50. per totum. Tum quinto.*

22 Es vn Mayorazgo lucido, vn rico patrimonio, vna opulenta hazienda, otra sangre, otra naturaleza, y otra agnacion, Ezechielis *cap.3. &* 33. ibi: *Sanguinẽ autem eius de manu tua requiram.* D. Ambros. *serm.2.* Coreno *in clip pat. lib.2. cap.11. pag. mihi* 415. y la riqueza como ordinariamẽte se adquiere por los varones, y no por las hembras, *ex Foro vnico, tit. de Baronibus, quot Cauallerias ad opus sui valeant retinere, Obseru.4. & 5. de condit. Infantion Obseru.1. & 5. tit. Interpretationes qualiter. &c. & Foro de Priuilegio generali, vers. Item que los Ricos Hombres de Aragõ, & vers. Item que la tierra,*

Fo-

Foro 1. *tit. de Cauallerijs, Foro vnico, tit. Quod Barones Aragonum teneantur honores militibus suis dare.* De aì nace, que la riqueza es nuestra agnada, y por esso se dize patrimonio, quia à patre, & non à matre nobis contingit, Cicero *pro domo sua. Liberis autem nostris satis amplum patrimonium paterni nominis, ac nostra memoriæ relinquemus.* Idem *lib.* 2. *epist. ad Celium, & lib.* 1. *de Oratore*; y notaron esta diferẽcia entre patrimonio, y matrimonio, Valerius Maxim. *lib.* 7. *cap.* 8. Lucio Æneo Seneca *lib.* 1. *de beneficijs, cap.* 3. Y Marco Æneo Seneca, *lib.* 2. *declamat. controuers.* 1. Suetonius *in Augusto cap.* 40.

23 De donde se infiere, que los bienes aprehensos, no solamente son conjectura de agnacion, sino la misma agnacion, y assi fuera de los agnados, estarian estos bienes desenquadernados del libro de la naturaleza, y estarian violentos, como el peze en el aire; y el pajaro en lo profundo del mar, y fuera de su centro; y vltimamente seria trastornarse los elementos, y destruir la Nobleza de Fernandez de Yxar, pues aquella sin la riqueza se eclipsa, Medicis *tract de definitionibus definit.* 42. Papiensi *in forma libelli in actione hypothecaria Glossa sine aliqua, n.* 8. *ex l. quisquis, §. filijs, C. ad l. Jul. Maiest. cap. si quid testiũ de testibus,* Socin. *consf.* 168. *num.* 38. Natta *cons.* 675. *num.* 11. Alvarado *de coniect. mente defuncti, lib.* 2. *cap.* 3. §. 4. *num.* 14. appositæ Valenzuela *cons.* 156. *nu* 96. & 97. ibi: *Nec ob aliud antiqua lege Locrensium cauebatur, ne quis patrimonium alienaret, nisi in euidentem calamitatem superuenisse ostenderet, vt scriptum reliquit Aristoteles lib.* 2. *Politicorum cap.* 5. *Quod maxime viget ad fauorem dicti Don Francisci de Valdès tamquam masculi conseruantis decus & memoriam familiæ testatoris, iuxta ea quæ late tradit Barbatia in rubric. de successio-*

sionib ab intestato num 2. His omnibus appar et clara illius iustitia, & sui maioratus, vt manuteneatur in possessione.

24 Y asi la conseruacion de bienes de tanta estimacion como son estos, està afianzada en el interesse publico, y vniuersal de todas las familias Nobles. Optime Ciriacus *lib.* 1. *controuers. Forens.* 137. *num.* 13. & *seqq.* ibi: *Sed maior nessitas iure probata hic insurgebat ex eo, quod extinguebatur agnatio, & familia ipsius patris, & eius fratrum, si non transiuisset ad secundas nuptias, cuius conseruandæ iustissimum est desideriũ, immò in hoc publicum versatur interesse, l. 1. ff. soluto matrimonio, & propter hanc publicam vtilitatem introducta, etiam sunt statuta exclusiua fæminarum, vt agnationes conserventur in maiori splendore, Brun. in tractat. Quod stantibus masculis art.* 1. *sub num.* 17. & *art.* 3. *nu.* 10. *in fine. Nemo autem dubitat publicam vtilitatẽ præferri debere priuatæ, etiam si contingat cùm iniuria priuati, &c.*

§. IIII.

CONJECTURA TERCERA, DE LA repetida masculinidad, y exclusion de las hijas.

25 EL llamar a los descendientes varones en la fundacion de vn Mayorazgo, no puede ser otra razon, que por contemplar la agnacion. Dixolo el Señor Luis de Molina *de Hispanor. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 29. que en esta materia, no solamente es Autor, sino texto, ibi; *Quamvis enim is qui facit aliquam vocationem, seu fideicommissum temporale inter masculos possit alijs rationibus, ad id efficiendum induci: is tamen qui aliqua bona mascu-*

culis perpetuò iure maioratus possidenda reliquit, verosimili non potuit alia ratione quam conseruationis agnationis moueri cum respectu eorum, qui in posterum nascituri sunt non possit particularis alia ratio respectu vnius quam alterius assignari.

26 Barbosa *appellatiuo* 141.*num.*1. dize: *Quod vocatio masculorum non fit alia ratione, nisi pro conservandis bonis in agnatione.* Y en el *num.* 2. que por solo el llamamiento de los varones, se entienden excluidas, no solo las hembras, sino sus descendientes, aunque seã varones. Prueualo con infinitos Autores, que cansarian a V. S. el citarlos.

27 Fusario *de substit quæst.*499.*num.* 15. disputa formiter nuestro caso, y resolviendole a fauor de la agnaciõ, ibi: *Septimus est casus quando testator vocauit masculos excludendo maxime fœminas, & hoc casu præsumitur factum, vt bona in agnatione conseruentur.* Cita muchissimos Autores, y dize, id maxime verum esse quãdo testator plures gradus substitutionum, fecit con Molina, Crato, Mantica, y otros muchissimos, que asseguran ser esta la mas comun opinion, de forma, que si la digression a muchos grados haze mas vehemente la conjectura de estar contemplada la agnacion, como en nuestro caso se aya hecho digressiõ a muchos grados de substituciones, llamando siempre varones de varones, mientras de aquellos huviera, parece que la conjectura tiene la calidad de vehementissima: y el mismo Fusario repite lo mismo en la *quæst.* 311. *num.*64.

28 Ramona *cons.*15.*num.*13. ibi: *Quia semper masculos vocat testator instituendo ponendo in conditione, & substituendo, quod non alio respectu censetur fecisse, nisi ratione agnationis conseruandæ.* Cita a muchos Autores.

res. Y en el *num* 14. prosigue: *Quamquam vero non desint contradictores existimantes ex sola masculorum vocatione non censeri habitam rationem agnationis, cum alijs de causis testator ad vocãdos masculos posit impelli, contraria tamen, & communior est, & verior opinio quam prolixe defendit Rusticis in l. cum Abus, ff. de conditionibus, & demonstrationibus, lib. 4. cap. 2. num. 17. dicens num. 19. Ab ea neutiquam esse recedendum & in dubium esse profitetur, si sæpius qualitas ista repetita sit prout in hoc casu in omnibus substitutionũ gradibus, expressa est ex l. Balista, ff. ad Senat. conf. Trebel. Vel etiam concurrentibus alijs coniecturis vt hic, Casanate cons. 20. num. 34. Qui licet in cons. 4. Istam coniecturam, & alias variæ conetur impugnare verius tamen respondit in dicto cons. 20. Ideoque pro coniecturis fuit iudicatum, vt patet in fine dicti consilij.*

29 Los Adicionadores a Luis de Molina *lib.* 3. *cap.* 5. *nu.* 30. no se atrevieron a desviar de esta opinion, por ser mas segura, y por tener el impulso de la agnacion por mas fuerte motiuo del afecto, y voluntad del fundador del Mayorazgo, que llamò a sus descendientes varones, y assi entendieron, que no podia ser esto por otra razon, que por conservar la agnacion, ibi: *Nos vero priorẽ sententiam veriorem, ac practicabiliorem censemus, quia in hac multiplici masculorum vocatione nulla alia ratio potest assignari quam agnationis, quæ tanquam vnicè debet attendi ex Auctore sup. lib. cap.* 5. *nu.* 9. *cum seqq. Cyriaco controuers.* 301. *num.* 16. ibi: *His sic præmissis discendo ad coniecturas vrgentes, & necessarias, ex quibus apparebit dominum Carolum voluisse vocare istos nepotes: illa autem potissima est, quod ex prælatione masculorum, etiam legitimatorum, & exclusione*

pro-

propriæ filiæ, & aliarum fœminarum descendentium legitimarum censetur habuisse rationem agnationis, & voluisse bona in ea conseruari, vt considerant Craueta cons. 62. sub num. 9. & cons. 113. nu. 2. Lancellotus Gallia cons. 17. num. 19. Menoch. cons. 1071. num. 15. Y despues de auer ponderado algunas conjecturas por la agnacion, y fideicomisso, dize en el *num. 44. Nos non versari in dubio cum coniecturæ dicantur liquidæ probationes, l. imperator 70. aliàs 72. de leg. 2. & quando fideicommissum est factum fauore agnationis in dubio pro eo est pronuntiandum, Lancellotus Gallia cons. 11. num. 79.*

30 Fontanella *decis. 93. num. 4.* ibi. *Quod ista ratio, quod voluit, quod bona conseruarentur in agnatione habeatur pro expressa cum alia assignari non valet probant pluribus Molina de Hispan primogen. lib. 3 cap. 5. nu. 5. Albarado de coniecturata mente defuncti lib. 2. cap. 3. ab 4 num 5. Castillo controuers lib. 2. cap 4 nu. 89. Nec est necessarium, quod ratio huiusmodi conseruandi bona in familia sit expressa tantum enim operatur tacita, quantum expressa Surdus decis. 124. num. 7. & decis. 125. n. 6. & cons. 67. num. 11. & cons. 96. num. 14. 16. & 47. & cons. 241. nu. 23. & 38. Fabius de Anna cons. 10. nu. 26. & 36. & 40. Simon de Pratis de interpret. vltim. volunt. lib. 4. interpret. 3 dubitatione 1. solution. 11. nu. 4. & seqq. Alexander Raudensis variar resolut. cap 39. num. 17. Mantica de coniectur. lib. 6. tit. 14. num. 21. cum infinitis quos ipsi adducunt.* Peguera en la *decis. 100.* en el *num. 18.* siente lo mismo.

31 En la Sacra Rota se ha entendido, y juzgado assi ex masculorum vocatione fuisse agnationem contemplatam, infinitas vezes, vt videre est apud Farinacium *decis. 193. num. 4. in selectis, & decis. 464. num. 16.* Muta *de-*

 cis.

*cis.*65.*num.*12. Duran *decis.* 26 *num.*31. En el Senado de Mantua Giurba *decis.*32.*nu* 14. En Cataluña ex Ramona *d.cons.*15. & Peguera *d.decis.* 100. En Valencia D. Francisco de Leon *decis.*1.*num* 104.*lib.*3. *&* *decis.*173.*nu.* 37. *&* *decis.*170.*num.*8. *&* *decis.*175. *num.* 49. En Napoles Capicio *decis.*191. *num.* 2. En el Consejo Supremo de la Corona de Aragon, en la causa de la Baronia de Lauria, y sentencia pronunciada a fauor de Don Pedro de Vichea 15. de Febrero de 1599. En este Ilustrissimo Consejo de la Corte, en la causa, y processo *D. Bernardini de Mendoza*, apud D. Sesse *decis.*254. *claus.*16. *num.*113. & idem Sesse *decis* 362.*num.*95. y apenas se hallarà Tribunal, que no se aya decidido en esta misma conformidad a fauor de la agnacion, conjecturada del llamamiento de los descendientes varones.

§. V.

CONJECTVRA QVARTA, DE LA EXCLVsion de ilegitimos y llamamiento de hembras en vltimo lugar.

82 QVando esta conjectura se halla en la fundacion de vn Mayorazgo Ilustre como este, ella sola, sin adminiculo de las otras, es bastante, y vrgente para responder por la agnacion, Ciriaco *controu.* 302. *num.* 42. *lib.*2. ibi: *Inter alias autem multas coniecturas, illa est necessaria, & ob id etiam sola sufficit iuxta textus allegatos supra num.*14. *Quod testator instituendo masculos exclusis fœminis, substituendo masculos legitimos, & naturales, ponendo in conditione ipsos masculos legitimos, & naturales, excludendo legitimatos, deficientibusque legitimis,*

mis vocando legitimatos masculos postremo loco sustituẽdo fœminas, & erigendo primogenituram in Palatio Mãtuæ in ipsis masculis ob honorificentiam, & splendorem, censetur voluisse fauere agnationi, & in ea conseruare sua bona, vt considerant Iasson cons. 233. num. 2. volu. 2. Ruin cons. 179. num. 6. & 7. vol. 2. Paris cons. 76. num. 2. & 3. vol. 2. Craueta cons. 62. num. 9. & cons. 113. num. 2. Gallia cons. 17. num 19 Socin. jun. cons. 158. nu. 27. & 28. vol. 2. Hondedeus, qui infinitos allegat cons. 70. num, 39. vol. 1. Viuius decis. 398. num. 23. Aldouinus cons. 92. nu. 20. Mazolius cons. 108. nu. 87. Idcirco necessario dicendum est istos nepotes fuisse vocatos, quia sine tali vocatione, fœminæ, & quilibet extraneus succederent ad destructionem familiæ, & illa honorificentia quam considerauit testator, non posset conseruari in illa machina Palatij sine cæteris bonis, immò obsordescet sine diuitijs, vt per Socin. jun cons. 181. num. 36. vol. 2. Et ob id sola contemplatione conseruandæ agnationis volunt Doctores induci perpetuum, & reciprocum fideicommissum, licet specificè non legatur, quia hoc ex quadã necessitate consequitur Curtius senior cons. 75. num. 4. Cœphalus cons. 137. num. 13. Mantica de coniect. lib. 6. tit vlt. num. 8. & lib. 7. tit. 5. nu. 15. Surdus cons. 96. num. 15. & cons. 443. nu. 10. & 20. Socin. jun cons. 181. num 36 vol. 2. Aldouin. cons. 92. nu. 19. Rugerius cons. 41. num. 6. vol.

33 La razon, porque la exclusion de ilegitimos sea conjectura de agnacion, es porque inter ilegitimos non adest agnatio, Capra *cons.* 136. *num.* 5 & 10. Viuius *decis.* 187. *num.* 12. *lib.* 1. Natta *cons.* 421. *nu.* 7. Hondedeus *cons.* 5. *num.* 2. & *seq. vol.* 2. Lancellot. Gallia *cons.* 66. *num.* 11. Gratus *cons.* 29. *num.* 45. *vol.* 2. Bursatus *cons.* 268. *num.* 3. Barcis *decis.* 3. *num.* 16. Peregrin. *cons.* 67. *num.* 14. *vol.* 2.

Pi-

Pinelus *in l.3.nu 22.C de bonis matern.* Zuccardus *conſ.* 10.*num.* 9. Trentacinq *conſ.* 34.*num.*14. Y aſsi parece argumento euidente de auer contemplado la agnació llamar tan repetidas vezes los maſculos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, con excluſion de ilegitimos.

§. VI.

CONJECTURA QUINTA, DE LA excluſion de Religioſos.

34 PRueua eſta conjectura de agnacion cō otros muchos Caſanate, en aquel conſejo 20. tan recibido, y canonizado en los Tribunales de eſte Reino, *num.* 31. ibi: *Decima ſexta coniectura naſcitur, quia ſtatim in initio ſubſtitutionum, & poſtea in diſcurſu iterum, atque iterum teſtator regulam generalem conſtituit; quod non vult admitti Monachos, Religioſos, nec in Sacris Ordinibus conſtitutos. Quod non alia ratione factum cenſeri poteſt quam quod agnationis, & familiæ perpetuitatem, & conſeruationem exoptauit, quæ per illos non conſeruatur, immò prorſus extinguitur, & vitiatur, vti voluerunt Alexander conſ.*100.*num.* 11.*lib.*4. *Socin jun. conſ.* 158. *num.*42.*lib.*2. *Pedrocha conſ.*5. *num.*64. *& conſ.*40. *num.*325. *Menoch.conſ.*95 *num.*98. *Decian conſ.*26 *n.* 35.*lib.*2. *& conſ.*74.*num.*60 *lib.*3. *Quos ego quoque ſecutus fui in primo reſponſo cauſæ de Quinto num.*661. *& in ſecundo reſponſo num.* 363.*verſ. Vel vbi Monachi.* Cōfirmò la ſentencia de aquella cauſa eſta conjectura, con todas las demas que alli ſe pōderaron; iuſtiſsimè quidem, pues los Religioſos, y en Sacros Ordenes cōſtituidos, no ſon de familia, ò agnacion humana, ſed de agnatione, &

fa-

familia angelica reputantur, D. Bernard *epist.42.ad Henricum*, Tertulianus *lib.1.ad vxorum.* Y assi el excluirlos el fundador deste Mayorazgo, no pudo ser por otra razõ, que por no ser agnados, y por el consiguiente se conoce con euidencia que puso los ojos en la agnacion.

§. VII.

CONIECTURA SEXTA, DE LA dotacion de las hijas del donatario.

35 QVando el fundador de vn Mayorazgo dispone la dotacion de las hembras, es lo mismo, que si les dixera contentaos con esta porcion de hazienda que os doi en dote, para q̃ os sustenteis, ex Molin. de Primog. *lib.2.cap.15.num.1. & seqq.* y dispongais de ella en vuestros hijos, sin que vosotros, ni ellos, auiendo agnados mios podais pedir cosa alguna de los bienes de este mi Mayorazgo, ita Corneus *cons.133. col. 2. lib. 3.* Decius *cons.242.num 4. & cons.574 nu 4.* Socinus junior *cons.* 114.*num.21. lib.1.* Mantica *cons.463. num. 6. vers. Caterum*; y asi la dotacion de las hembras, es vrgentissima conjectura de agnacion, Decian. *cons.31. num.85. lib.1.* Menoch. *cons. 327.num 68.* Pratis *de interpret. vltima. volunt fol.287.num 4.vers. Tacita, & fol.313. num 31. & seq & cons. 110. nu.32.lib. 1.* Fusarius *de substit quast. 499.num 21.*ibi: *Quod si fœminis exclusis dos sit constituta colligitur magis dispositionem esse factam fauore agnationis &c.* Turretus *cons.96.nu. 39. vol. 2.* Fachineus *cons.35.num.8. lib.1.* y por indubitable la tuuieron, Surdus *cons 21.num. 7.* Cœphal. *cons. 306. num. 61.* Malvasia *cons 76.num.31.*& alij relati in prima allegatione hu-

ius causæ: Atqui, el fundador deste Mayorazgo, dispone el modo de dotar a las hijas del donatario excluìdas deste Mayorazgo, por la requisita, y repetida masculinidad, y la cantidad en que han de ser dotadas: Luego es argumento irrefragable de aver contemplado la agnacion. La razon de esta conjectura la trae Barbos. *appellati.* 92. *num.* 24. ibi: *Octava conjectura est quando testator proprias filias exclusit, eas dotando., & masculos hæredes fecit, nam si exclusit proprias filias fortius præsumendum est voluisse excludere omnes remotiores.* Sigue à Menoch. *cons.* 197. *num.* 52. y à Fusar. *q* 352. *num.* 23.

§. VIII.

CONJECTVRA SEPTIMA DEL llamamiento de los hijos masculos y descendientes masculos de aquellos.

36 ESta conjectura, no solamente se queda dentro de la esfera de conjectura, sino que transciende a la expresion de la agnacion: Para cuya prueva supongo, q̃ las palabras, y dicciones literales de qualquiere escritura, se deven entender en su sentido proprio, natural, y regular, *l. fideicommissum* 76 *ff de condit. & dem. l. ex ea parte* 121. §. *in insulam ff. de v. oblig l. non aliter, ff de legatis* 3. Surdus *cons.* 140. *num* 63. *& seqq. & cons.* 288. *num* 27. Decian. *cons.* 17. *num.* 45. *lib.* 1. *& cons.* 30. *num.* 22. *lib.* 3. pues este es el que denotan, y significan Craueta *cons.* 20. *num* 9 *& cons.* 105. *nu.* 2. Parisius *cons.* 22. *num.* 6. *lib.* 4. Decius *cons.* 113. *nu.* 6. porque este es el sentido proprio, y todo lo q̃ no es este, es ageno, *cap ad audiētiam* 12. *de decimis*, Mantica *de coniecturis lib.* 8. *tit.* 18. *num.* 35. Rota

*decis.*352.*num.*1.apud Farinac,*p.*1.*recent.*Particularmente en Aragon,en donde tenemos lei,que obliga a observar la propriedad de la letra, *Foro Algunas vezes* 32.*tit. Forus Inquisitionis,* Mol.*in verb. Fori,pag.*156.*col* 3.vbi Portol.*num.*46.*& in tract de consortibus,cap.*5.*num.* 10. Y assi,el sacar las palabras,y dicciones literales de su proprio,y natural sentido,es violentar la letra, y desquiciarla de su significativa naturaleza, lo qual està prohibido, y mas donde ay Estatuto de estar a la carta,Iass. *cons.* 50. *num.*2.*lib.*3.Rolandus *cons.*62.*nu.*36.*vol.*3.Parisius *cons.* 118.*num.* 19.*vol.*1.*& alij relati à* Portol.*verb.Fori, n.*20.

37 Esto supuesto,si el Instituyente llama a los hijos masculos de Don Luis, *y a los descendientes masculos de aquellos,* parece estar expressa la agnacion, porque el descendiente por hembra,no es descēdiente de aquellos, sino de aquellas,pues la diccion *de,*ò *ex,* de su propria naturaleza denota, y significa la causa inmediata, Barbosa *dictione* 76.*& dictione* 115.ibi:*De sui propria,vera & regulari significatione denotat,hæc dictio causam immediatam,& proximam, vt in l.*1.*ff.de incendio,* con infinitos Autores. Y en el *nu.*4.con Bartulo *cons.*132. *lib.*1.*subdit: Quod statutum, quod maritus lucretur dotem mortua vxore si non extent filij ex eis,non impedit quin maritus lucretur,etiam quod extent nepotes,quia licet nepotes in favorabilibus veniant appellatione filiorum tamen secus est quando qualitas filiorum non convenit nepotibus, prout dictio ex eis, quæ denotat causam immediatam, quæ non convenit nepotibus,provt filijs* Siguen lo mismo Fusar.*quæst.*327.*num.*5.Mantica *de coniectur.lib.*11.*tit.*12.*n.*17.Farinac.*decis.*507.*num.*8.*par.*1.*& decis.*663.*num.* 10. *p.* 2. Y el motiuo de V.S. en la causa de Sangarren, apud Sesse *decis.*264.*claus.*15. Y el Evangelio de San Iuan,ibi:

Qui

Qui non ex sanguinibus, neque ex voluntate carnis, neq; ex voluntate viri, sed ex Deo nati sunt. Esto es la pura verdad, y en conclusion el Evangelio: A mas, de que lo afirma con toda resolucion, Fusar. *de substit quæst.* 404. *n.* 10: ibi: *Secundo, masculus ex fœmina non diceretur vocatus quando testator vocasset masculum ex masculo, vel masculum descendentem per virilem sexum, vel ex linea masculina, Peregrin. cons.* 5 *num.* 10 *lib.* 5. La razon es, la que diò el mismo Fusar. *quæst.* 346. *num.* 18. con Paulo de Castro *cons.* 190. *lib.* 2. Y Peregrin *de fideicom art.* 26. *nu.* 29. ibi: *Quia si quis vocatur sub nomine masculinitatis, necessaria sunt duo, primum, quod sit masculus, secundũ, quod ex masculo proveniat.* Y las palabras, y dicciones se deuen entender inmediate, non verò mediate; optimus textus in *l. Qui liberis* 8. §. *hæc verba, ff. de vulgari,* Menoch. *cons.* 1120. *num.* 5. Larrea *allegat. Fiscali* 36. *num.* 16. *tom.* 1.

§. IX.

CONJECTURA OCTAVA DE LA clausula: E asi de vno en otro, en todos los casos q̃ acaeceràn de mayor en mayor, servando orden de primogenitura, è no puedan otros suceder siempre que fillos, ò descendientes de los sobredichos masculos legitimos, &c.

38 SVponese, que esta clausula, como regla, y norma de todos los llamamientos igualmente influye en todos, porque la diccion *Et sic,* es continuativa, y repetitiva de la forma, y qualidad, puesta en la disposicion, Menoch. *cons.* 1040. Gutierrez *practicar lib.* 3 *quæst.* 19 *n.* 23. Rota *decis.* 455. *num.* 10. apud Farinac. *part.* 1. *recen.* &

de-

*decis.*432.*num.*6. Barbos.*dict.* 365. *à num.* 2. particularmente aplicando el Instituyente esta disposicion, *a todos los casos que acaecerân*, lo qual tiene tanta fuerça, como si los casos que pudieran acaecer se huvieran especificado, sin exclusion de alguno, vt notant *DD. in l. Balista, ff ad Trebel.* Marta *de clausul. claus.* 62.*num.*1. Decianus *cons.*5 *num.*53.*lib.*1. Barbol.*claus.* 67.*num.*1. Surdo *cons.* 412. Rota *in Cæsaraugustana præheminentiarũ* 10. *Nouembris, anno* 1623.*coram Domino Coccino*: y mas con la diccion *siempre*, que es comprehensiva de todo tiempo, *ex l.*1.*ff solut.matrim.cap.*1 *de restitut.in integr.* Barbos.*dictione* 361.*à num* 1.*cum seqq.*

39 Esto supuesto, quando el Instituyente dispone, que los descendientes masculos de Don Luis ayan de suceder *de vno en otro*: Si el Excelentissimo Señor D. Iuan Francisco Christoval, hijo de Don Luis, y agnado del Instituyente sucediò: el otro, que ha de suceder, ha de tener las mismas qualidades, y ha de ser agnato, porque la diccion alius est repetitiva similium, & importat personam eiusdem qualitatis, *l. quidam relegatus, ff de rebus dubijs. l.*3. *C. de seruis fugitiuis, cap. sedes de rescriptis* Roman. *cõs.* 485 *nu* 5. Ioannes Licerier *de primogenitura lib.*2. *quæst.* 4 *art.*2.*nu.*26. Barbos.*dict.* 26. optime, atque in terminis Farinac.*decis.*567.*in posthumis num.* 6. Y el motivo de V.S. en la causa de Sangarren, apud Sesse *dicta decis.* 254. *claus.*15. Titolivio *lib.*1. *ab vrbe condita*, ibi: *Anibal in transitu alpium occulum ammissit, & alio gubernabat*; claro està, que *alio* se ha de referir al semejante. En el processo *Laurentij Jordan*, en vna causa mui graue en la Curia Eclesiastica se entendiò, y motivò lo mismo en fauor de la agnacion, por la clausula, *y assi de vno en otro.* La Real Audiencia in processu *Nicolai Sanchez, en* 20. *de*

Março de 1630.sintio lo mismo, diziendo en los motivos, que no avia discrepancia en los Tribunales deste Reino, en la inteligencia desta clausula a favor de la agnacion.

§. X.

CONJECTURA NONA, DEL LLAMAmiento discretivo de los descendientes de hembra.

40 ESta conjectura del llamamiento discretivo, tiene gran calificacion, y apoyo en el drecho, para persuadir la agnacion: y es en tanto grado, que Larrea, gran defensor de los agnados, en el *tom.* 1. *decis.* 34. la admite, y celebra a favor de los descendientes varones de varones, en la *decis.* 54. *del to.* 2. Acuerdome, que inter informandum, en esta misma causa, inducia yo los casos de vnos textos para persuadir este intento, quando despues por mi consuelo hallo, q̃ Larrea induce los casos de los mismos textos, que yo alegava para el mismo intento, *d. decis.* 54. *num.* 19. ibi: *Sed ego noto duo iura, quæ ad hoc non expenduntur, quibus melius probatur in l. heres* 100. §. *duæ statuæ de legat.* 3. *l. cum delanionis,* §. *cum fundum instructum de fundo instr. & instrum leg. Vbi statuæ, quæ poterant comprehendi sub generali legato marmoris, & servi, qui simul continebantur in legato fundi instructi, non comprehenduntur, sed solum quod speciali legato relictum, & si dispositio generalis posset ad omnia referri videlicet, legauit duas statuas marmoreas, & omne marmor, quamvis hoc legato omnes marmoris statuæ possent comprehendi, tamen ex legato speciali duarum nullum statuam marmoream præter dua deberi I. C. tradit, & legato fundo instructo, & si veniant servi fundi, tamen si*

te-

testator aliquos servos specialiter legauit, illi solum ex familia servorum legato cedunt, ita similiter, quāvis, absque dubio foret in substitutione masculorum comprehendi masculos ex fœminis, de quo quā controuersum sit alibi disputauimus in tom. 1. decis. 34. Tamen cum de fœminarum filiabus, & filijs specialiter, & separatim testator disposuerit in substitutionibus sequentibus inde fit, vt in præcedentibus de masculis fœminarum disposuisse non videatur.

41 Stephano Friderico *tract. de qualitatibus contractuum cap. 50. num.* 26. lleva lo mismo, nam qui fœmineam prolem distinguit à masculina superius de masculis ex masculis tantum locutus censetur Hieronym. Gabriel *cons.* 116. *num.* 24. *vol.* 2. ibi: *Quia testatrix extinctis descendentibus masculis vocauit filias proprias, & post ipsas illarum filios masculos planū fit in conditione si sine filijs masculis deceserit non contineri masculos descendentes ex filia.* Y se nota, que alli es hembra la Instituyēte, y aqui es varon, Ramona *cons.* 15. *num.* 25. hablando deste discretivo llamamiento, como argumēto en favor de la agnacion, lo tiene por sin duda, *atque hoc ab omni dubitatione arbitror esse remotissimum.* Y Baldo en la *l. in multis ff de statu hominum*, dize: *Vnum sub alio nunquam includi, vbi de vtroque separatim disponitur.* Y en la Baronia de Sigues, lo entendiò la Real Audiencia en esta misma conformidad, apud Sesse *decis.* 412. *num.* 40. ibi: *Quia doctrinæ sup. allegatæ procedunt, quando scriptura, & carta cui stantum est, loquntur discretivè in vna parte de masculo in alia de fœmina; seu in vna parte de masculo ex masculo in alia de masculo ex fœmina, tunc deducunt coniecturam in prima parte de masculis agnatis loqutum esse.*

§. XI.

CONJECTVRA DEZIMA; DE EL absurdo que se seguiria de no estar preferida y contemplada la agnacion en el llamamiento de los varones de varones.

42 ES intrinseco, literal, y de la carta el argumento ab absurdo vitando, Portoles *ad Molin. verb. Forus num.* 56. Casanate *conf.* 60. *nu.* 28. & 30. & *conf.* 15 *n.* 24. *vsque ad* 33. Punctim D. Sesse *decis.* 254. *clausula* 15. Fontanella *de pactis clausula* 7. *Glosa* 3 *p.* 9. *num.* 32. singularmente en Fdeicomissos, Substituciones, y Mayorazgos; Mantica *de coniect lib.* 3. *tit.* 7. Prætis *lib.* 1. *interpr.* 1. *dubit.* 4. *solut.* 4. Castillo *controuers lib.* 5. *cap.* 164. *nu.* 13. Punctim Surdus *cons.* 136. *num.* 18. vbi considerat absurdum, ne remotior sit melioris conditionis, quàm proximior, y por el absurdo se toleran otros graues inconuenientes por menores, Vivius *decis.* 255. *num.* 24. *in fine*, Craveta *cons* 668. *num* 16. & *cons.* 867. *num* 3. Peregrin. *de fideicom art.* 11 *nu.* 46. *in fine*, Camillus Galin. *de verb. sign lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 4. & 16. Everardus *in loco ab absurdo num* 4. & 6. Castillo *vbi supra num.* 8.

43 El absurdo grande, è intolerable, que se seguiria de no estar preferida, y contemplada la agnacion en el llamamiento de los varones de varones, consiste, en que los hijos de las nietas excluidas estarian llamados, en primer lugar, y los hijos de las hijas predilectas nombradas y llamadas por esta escritura, estarian en septimo lugar: Atqui, este es vn horrendo absurdo, que considerò Casanate, en la causa de Don Martin Cabrero *cons.* 20. *n.* 43. & 44 ibi: *Vigesima prima non minus vrgens coniectura*

in-

insurgit ex eo, quod indubitatum est, quod si post mortem D. Martini, & aliorum masculorum superviuerent Isabella, Alduncia, & aliæ fœminæ transversales, & ex fœminis descendentes; illæ quidem succederent sine dubio post mortem quorumcumque descendentium ex posthumis, quorum superviuẽtia illis non noceret: Ergo apertissime inde dicendum est posse (non obstante superviuentia descendentium ex posthumis) succedere D. Martinum, & alios agnatos masculos magis dilectos, ne alioquin illud inconveniens vulgo reprobatum sequatur, quod sint melioris conditionis minus delicti, quam magis dilecti, quo argumento adversus Oldradum vtũtur, Paulus Leõ *cons.* 27. *nu.* 64. *lib.* 2. *cons.* Zileri Alex. Raudensis *cons.* 36. *num.* 85 *lib.* 1. ex vulgari regula textus *in l. si viua matre, C. de bonis matern.* de qua per multa Pinel *ibi nu.* 16. Fulgosius *cons.* 18. & 38. Paulus de Castro *cons.* 58. *lib.* 1. Ruin. *cons.* 53. *num.* 3. *lib.* 2. Crauetta *cons.* 62. *nu.* 7. Gabriel *cons.* 96 *num.* 15. & 18. *lib.* 1. Gerardus Mazol. *cons.* 5. *num.* 45. *lib.* 1. Peregrin. *de fideicom art.* 25. *num.* 43. & 44. Riminald. iun. *cons.* 21. *num.* 63. *lib.* 1. Fabius de Anna *cons.* 10. *n.* 43. & latius idem Casanate *cons.* 15. *num.* 24. *vsque ad* 30. vbi *non modo si hoc absurdum cum effectu sequatur, sed etiam si sequi possit est validissimum argumentum,* cum Alexandro, Deciano, Corneo, Raudense, & alijs.

44 Esta predileccion, y prelacion de los hijos de las hijas a los hijos de las nietas, es clara, y manifiesta; Lo vno, porque los hijos de las hijas son mas proximos al fundador deste Mayorazgo, erga quos maioris affectionis præsumptio militat, Molin. *de Hispan primogen. lib.* 3. *cap.* 5. *à num.* 45. Mieres *de maioratu p.* 2. *quæst.* 6. *à nu.* 52. Baeza *de non meliorandis dotis ratione filiabus cap.* 7. *num.* 33. 35. & 36. Decian. *cons* 33. *nu.* 18. *vol.* 3. Menoch.

K *cons.*

*conf.*318.*à nu* 21.*vol.*4. Hyppolitus Riminald. *conf.* 739. *à num.*29 *lib.*7. Angel. Mathæacius *de legat & fideicom. lib.*2.*cap.*10.*à num.*4. Castillo *lib.*2 *controuerf. cap.*4. *nu.* 15.*&* 16.*& lib.*5.*cap.*84.*num.*39 Lo segundo, porque las hijas estan llamadas, y nombradas en esta escritura, y no lo estàn las nietas, & ex nominatione, seu vocatione, maior affectio, charitas, & prædilectio arguitur, *l publius,* §. *vlt.ff.de condit. & demonst l.quoties ff de vsufructu, l si ita legatum in princip ff.de leg.* 1. Paulus de Castro *conf.* 121.*col.* 2. *lib.*1. Alexander *conf.*36.*n.*12.*lib.*3. Socin. iun. *conf* 71.*num.*15.*lib.*1. Crauetta *conf.*147.*num.* 2. *& conf.* 161.*num.*5.*& conf.*297.*num.*2.*& conf.*623.*num.*10. Casanate *conf.*15.*num.*30. Lo tercero, porque el orden de la letra denota el orden de la mente, afeccion, y volũtad del fundador, Peregrin. *de fideicomm art.*4 *à nu.*59. *cum seq. & art.*7.*num.*69 *&* 70. Mieres *de maiorat in initio,* 2 *p. num.*31.*&* 41. Mantica *de coniect lib.*6 *tit.*13.*num.* 11. *&* 12. Casanate *conf.*45 *num* 94.*& conf.*47.*num.* 51. Simon de Prætis *lib.*1.*interpr.*2.*solutione* 5 *num.*18.*& lib.*2. *interp* 3 *dubit.*1.*solut.*3.*ex num.*12.*vsque ad num.*33. Albarado *de coniecturata mente defunct.lib.*4 *cap.*2. *num.*12. *vsque ad num.*19. Castillo *lib.*4.*controuerf.cap.*50.*nu.*5. Y segun el orden de la letra, antes estàn nombradas las hijas, y sus descendientes, que las nietas, y sus descendientes: Luego las hijas, y sus descendientes son mas dilectas al testador, que las nietas, y sus descentes: Atqui las hijas, y sus descendientes, no se llaman, ni intercalan en el llamamiento de varones de varones: Luego mucho menos las nietas, y sus descendientes, pues de otra manera era inevitable el absurdo, de q̃ los menos dilectos estuuieran antes llamados, que los mas dilectos: De donde se infiere, que en el llamamiento de los varones de varones, como

no

no estẽ llamados los hijos de las hijas, ni los varones, hijos de las nietas, ni otra hembra alguna, alli està contemplada la agnacion.

§. XII.

CONJECTURA VNDECIMA, DE ESTAR llamados los descendientes varones de las nietas en vltimo lugar, como los descendientes varones de las hijas por comprehenderse las nietas, debaxo el nombre de hijas.

45 DEspues de auer llamado el fundador a Don Luis, Don Alonso, Don Iuan, D. Pedro, y Don Carlos de Yxar, y los descendientes de aquellos varones de varones successivamente haze vna substitucion en defecto de todos estos en la hija mayor de Don Luis, y en defecto de esta, en la segunda, y assi en las otras que tuuiere: y en falta de todas las hijas substituye a los descendientes varones de aquellas.

46 Esto supuesto, si debaxo el nombre de *hijas*, se comprehenden las nietas, bien se probarà, que debaxo de los descendientes varones de hijas, se comprehenden tãbien los descendientes varones de las nietas, y por el cõsiguiente, que el Señor Dõ Iaime Sarmiento, como descendiente varon de nieta, estarà llamado en vltimo lugar: y assi, que no lo està en el primer llamamiento de los varones de varones: & quod appellatione filiarum neptes comprehendãtur; en materia de Mayorazgos que tienen tracto perpetuo, y successivo, es proposicion comun y recibida de todos los DD. Ant. Faber. *lib. 6. tit.* 18. *C definit.* 4. Mieres *de maioratu*, 1. *p quæst.* 15. *num.* 8. Molina *de Primogenijs lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 28. Raudensis *lib.* 2. *cons.*

15.

15.*num.*43.Surdus *decif.*72.*num.*17. Fufarius *de fubftit. queft.*320.*&* 321.Valafcus *confultat.*140. particularmẽte no reftriñendofe a vna fola hija,ni a vn folo matrimonio,fino a todas quantas puede auer de los dichos Don Luis Segundo,Don Alonfo,Don Iuan,Don Pedro, y D. Carlos,y de quantos matrimonios fe pueden confiderar de los dichos,Ramon.*conf.*16.*num.*42.*&* *conf.*17. *nu.* 3. Peregrin.*de fideicom.art.*22.*num.*31.*&* *conf.*38.*num.*20. Larrea *decif.*54.*nu.*3. *&* 14.*in fine.* Punctim Cancer *lib.* 3.*variar refolut.cap.*7.*de pactis,num.*109 fingularmente no hablando el fundador defte Mayorazgo difcretiuamente de hijas,y nietas,Seraphin.*decif.*1486.*num.*2.Surdus *conf.*554.*num.*9. Hondedeus *conf.*60.*nu.*38. *&* 64. *vol.*1.Cafanate *conf.*34.*num.*10.Farinac.*decif.*507. *nu.*7. *p.*1. *&* *decif.*667.*num* 5 *par.*2.D.Seffe *decif.*53. *nu.* 2. *&* 3.Ciriacus *controuerf.*522.*num.*17.*&* *feqq.*

47 De donde fe infiere,que eftando los hijos,y defcendientes varones de las nietas de D.Luis Segundo, en vltimo lugar llamados,y no lo eftando en el llamamiento de los varones de varones hecho anteriormente, parece eftar contemplada la agnacion en las anteriores fubftituciones,y llamamientos,pues es vrgente conjectura, deducida de la mifma letra,la comprehenfion de nietas, debaxo el nombre de *hijas*, porque es ilacion legitima, los hijos,y defcendientes de las hijas,y nietas de D. Luis Segundo, y de fus demas hermanos eftàn llamados en feptimo,y vltimo lugar: Luego no lo eftàn en primero: Todos aquellos defcendientes de las hijas, y nietas fon cognados,y eftàn graduados en vltimo lugar; Luego en el primero,y anterior eftà contemplada la agnacion, y no la cognacion: El Señor Don Iaime es cognado: Luego,&c.

§.XIII.

§. XIII.

CONJECTURA DUODECIMA, DEL *gravamen de llevar nombre, y armas impuesto a las hijas, a sus maridos, y descendientes.*

48 NAce esta conjectura del contexto de dicha Capitulacion, y de la misma letra, pues siempre que llama a los descēdientes varones de varones, no se acuerda el Instituyente de obligarles, a que lleven el nombre, y armas de Yxar, porque le parecciò no era necessario, pues los varones agnados, naturalmente sin gravamen, ni artificio alguno, lleuan el nombre, y armas de su familia, y agnacion: Pero quādo trata de la succession de las hēbras, y de sus descendientes, pareciendole que estos no conservan la agnacion, ni llevan con cadencia natural el timbre, y apellido de Fernandez de Yxar, entonces artificiosamente les haze agnados, obligandoles con el grauamen a conseruar el esclarecido nombre, y blason de Fernandez de Yxar, de la misma manera que los agnados le lleuan sin esse grauamen.

49 Casanate *cons.* 20. *num.* 28. & 29. notò esta conjectura admirablemēte, ibi: *Duodecima coniectura nascitur ex eo, quod dum vocauit masculos agnatos, tā descendentes quam transversales, nulibi in tot substitutionum lineis apposuit onus ferendi, nomen, & arma, quia videbat hoc non esse necessarium cum masculi ex masculis de sua agnatione descendentes, absque illo onere naturalem agnationem conservarent: sed vbicumque vocavit masculos descendentes ex fœminis, semper, & vbique apposuit expressum grauamen ferendi nomen, & arma, vt qui naturaliter agnationem conservare non poterant,*

illam demum mediante illo onere saltim artificiose conservarent: adeo semper agnationis conservationem exoptauit: duplex enim est agnatio: altera naturalis, quæ inter masculos per sexum virilem, absque interpositione ullius fœminæ conseruatur: Altera vero artificialis, quæ in descendentibus à fœminis sustinetur supplendo, & reparando deffectum naturæ quasi per artificium, & industriam adiecto eis hoc onere deferendi nomen, & arma: vnde apparet totam hanc vinculi longissimam structuram fuisse factam, vt in omnibus uniformiter animum ostenderet conservandi, & in perpetuum in omnibus descendentibus & transversalibus propagandi agnationem, & insignia domus Illustris, vel naturaliter, vel per artificium nominis, & armorum, Cœphalus *cons.* 196. *num.* 20. *lib.* 2. Paulus Parisius *cons.* 18. *num* 42. *& cons.* 19 *nu.* 33. *lib.* 2. Bursatus *cons.* 228. *num.* 29 *lib.* 3. Menoch. *cons.* 117. *num.* 23. *lib.* 2. Socin. jun. *cons.* 69 *num* 20. *lib.* 3. Hyppolitus Riminaldus *cons.* 23 *nu.* 86. *&* 87. *lib.* 1. Marius Frechia *de subfeudis lib.* 2. *fol.* 281. *num.* 27. Gratus *cons.* 5. *num.* 17. *lib.* 2. Thesaurus *decis.* 270. *num* 10. *&* 29.

50 Y mas adelante *d. num.* 29. *vers. fin.* mouido de la razon de esta conjectura, y por ser vrgentissima se aparta del sentir que tuuo en la causa de la Baronia de Quinto, ibi: *Et ita quamvis ego in causa de Quinto num.* 398. *ab hac conjectura recesserim. Tamen negari non potest maius agnationis conservandæ desiderium resultare ex onere ferendi nomen, & arma adiecto descendentibus ex fœminis. Cum naturaliter maius dicatur habere desideriũ conservandi agnationem qui eam reparat, supplet & inducit, vbi omnino deficit, quam qui naturalem conseruare procurat, quæ hic inter omnes masculos agnatos procurata prorsus fuit ex ordine primogenituræ, & fideicõmis-*

si

si gradualis, & successiui, & postea inter descendentes ex fœminis ex eisdem, & onere nominis, & armorum superaddito.

51 Ioseph Ramonio *cons.*15.*nu.*21.dize: *Estque fortis, ac valida hæc coniectura quam eleganter perpendit Franciscus Beccius cons.*189 *nu.*19 *lib.*2. *Vbi ait, in casu suo testatorem minime nescium, nubentem fœminam in alienam familiam transire, iussisse viros ipsarum familiæ suæ nomen assumere, quæ porrò Consilij huius ratio nulla esse potuit nisi quod voluerit agnationi suæ cõsulere.* Y en fauor de la agnacion tuuieron esta conjectura por fuerte, y valentissima Guido Papæ *q.*251. *& q.*407. Ripa *in l.* 1.*num.*10.*ff. de vulgari*, Celsus Hugo *cons.* 20. *num.* 40. Mantica *de coniecturis lib.*11. *cap.* 3. *num.* 6. Rusticis *in tract Quando filij in condit. positi lib.* 2. *cap.*6. con otros que cita Ramonio *d. cons.*15. *num.*19.

§. XIV.

CONJECTVRA DECIMATERCIA de la palabra Masculos.

52 FVnda esta conjectura Castillo Sotomayor en muchas partes de sus controuersias con infinitos Autores, singularmente en el *lib.*2.*cap.*4.*nu* 79. ibi: *Et quod fortius est, verbum ipsum* masculos, *absque vlla ratione conseruandæ agnationis expressa, vel subintellecta sui natura exclusiuum est fœminarum quod amplius non fundo sed vtrumque ad Molinam remito, qui plenè tractat, & his quæ in contrarium moueri possunt respondet lib.*3. *de Hispan primog cap* 5. *à num.*25. *vsque ad n* 38. *& lib.* 1. *cap.* 5. *nu* 36. *Vbi rectè constituit masculinitatis expressio-*

stionem præbere coniecturam vt prospectum sit agnationi, quod dixit etiam Sylvester Aldobrandinus in cons. 6. nu. 43 lib. 1. & cum Socino, Decio, Parisio, & alijs Alexan. Raudensis in responso 35. num. 81. & 82. lib. 1. Albanus cons. 51. num. 8. & in cons. 54. nu. 8. Bonifacius Rogerius in cons. 25. nu. 35. lib. 1. Hyppolitus Riminaldus cons. 117. num. 17. lib. 2. & cons. 738. nu. 20. lib. 7 Et superiorem resolutionem sequntur etiam, & multos alios sic tenentes referunt Albaradus de coniecturata mente defuncti lib. 2. cap. 3. §. 4. num. 6. & 7. per totum, Velasquez de Auendaño in l. 40. Tauri, Glos. 9. nu. 47. & 48. Gutierrez cons. 13. num. 8. per totum, vbi in proposito adducit doctrinam, & distinctionem Gregorij Lopez, Grassus receptarum sentent. §. fideicommissum quæst. 12. num. 2. & quæst. 35. n. 2. Berous cons. 115. num. 4. Peregrin. de fideicom. art. 25. n. 11. vbi dicit, quod pro hac sententia est casus in cap. Rainaldus de testamentis, & art. 26. nu. 22. Achiles Pedrocha cons. 22. num. 4. Mazolus cons. 5. num. 55. Cæphalus cons. 330. n. 62. lib. 3. Menoch. videndus omnino cons. 95. à num. 51. vsque ad nu. 65. lib. 1. Simon de Prætis *de interpret. vltim. volunt. lib. 3. interpret. 3. solut. 11. num. 5. 6. & 7. & 65.*

53 El mui Ilustre Señor D. D. Iosef de Leiza, y Erasso, dignissimo Assessor del Ilustrissimo Señor Regente del Oficio de la General Governacion, en la docta, y erudita alegacion que escriviò por esta parte *num.* 122. *pag.* 63. & 64. recogiò 27. Doctores repetentes antiguos; 12. tratados, y 26. Consulentes, que constantemente respondieron por esta conjectura; y es mui digno de notar, lo q̃ hablando della, dize Ioseph de Rusticis *in l. cum Avus, lib. 6. cap. 16. num. 10. &* 31. alli: *Quæ in rei veritate magis communiter recepta, & approbata, est vt ex calculo Docto-*

ctorum insignium desuper relatorum facile dignosci potest.

54 Prueba el intento admirablemente el §. *Cæterũ instit. de legitima agnatorum successione*, ibi: *Quod ideo constitutum erat, quia comodius videbatur, ita iura constitui, vt plerumque hæreditates ad masculos confluerent;* en donde nota bien Castillo, que aquella palabra *masculos*, solamente comprehende, y significa los varones agnados, *d. lib. 2. cap. 4. nu. 82.* ibi: *Et sic in eo textu verbum* masculos, *simpliciter prolatum solum agnatos masculos comprehendit; Agebatur enim de materia, in qua versabatur fauor agnationis; nam cognati iure ciuili non admittebantur ad hæreditatem, sed à Prætore tertio ordine per bonorum possessionem vocabantur, l. 1. ff. Quis ordo in bon. poss. seruetur textus in princip. instit. de successione cognatorum, vnde ex prædictis verbis sequitur manifestè & necessario dicendum imperatorem ibi de masculis agnatis tractare, vt subiecta materia conueniat; & apertius exprimitur in principio illius textus dum dicitur.* Cæterum inter masculos quidem agnationis iure hæreditas, etiam si longissimo gradu sint; vltro, citroque capitur: *Idque indubitabile quidem erit, si masculinitatis qualitas reiterata fuerit, aut in pluribus substitutionibus repetita; tunc enim ostendit aperte agnationi fuisse prospectũ.* Con Socino, Parisio, Riminaldo, Raudẽse, Surdo, y otros infinitos. En el caso de nuestra escritura se repite mas de quarenta vezes, la qualidad de la masculinidad, y no como quiera, sino llamando a los hijos, y descendientes masculos de aquel, y de aquellos masculos: Pues què mayor argumento de averse contemplado la agnacion?

§. XV.

CONJECTVRA DEZIMA QVARTA, de estar llamados los nietos y agnados del Instituyente con expression.

35 SVpongo, que la vna parte del testamento, ò disposicion cierta, y expressa, declara la dudosa: *l. Qui filiabus ff. de legatis* 1. Bart. *in l Centurio nu.* 27 *ff. de vulgari.* Peregrin. *de fideicom art.* 26. *nu.* 108. Raudensis *decis. Pissana* 31. *num.* 240. y no ay mejor interprete de vna escriptura, que el mismo que la dispone, Simon de Præcis *de interpret. vltim. volunt lib.* 2. *interpr.* 3. *dubit.* 1. *solut.* 3. *num.* 64. *& seqq.* Mantica *de coniectur. lib.* 6. *tit.* 13. *num* 5. y assi vn grado de substitucion declara el otro, *l. Qui liberis, §. vltimo, ff de vulgari, & pup. subst.* Curtius senior *cons.* 51. *num.* 11. *cum seqq. lib.* 1. Gutierrez *cons.* 13. *num.* 10. Y la voluntad del instituyente se presume en las substituciones, con la misma qualidad que en la Institucion, *l. Titia Seio, §. Seia libertis, ff. de legatis* 2. *l.* 1. *C. de Impub. & alijs substit.* ibi: *Verum est non alias partes testatorem substitutioni tacite inseruisse quamque manifestè in institutione expresse sunt*, Castillo *lib.* 2. *controuers. cap.* 4. *num.* 12. Mieres *de maiorat.* 2. *p q.* 6. *num.* 68. Casanate *cons.* 2. *num.* 51. *& cons.* 53. 57. y assi corre el argumento de vnas substituciones a otras para declaraciõ de las dudosas, Parisius *cons.* 91. *num* 27. *& cons.* 97. *nu.* 24. Menoch *cons.* 106. *n.* 291. Larrea *decis.* 54. *n.* 8. *t.* 2.

56 Aora pues, tomemos la interpretacion, y declaracion de las substituciones ciertas, claras, y expressas para las dudosas; y veamos a quien llama, y substituye con certeza, y sin question alguna: Primeramente a Dõ Luis

Se-

Segundo ſu nieto, hijo de ſu hijo Don Iuan, y agnado ſuyo, deſpues a Don Alonſo, hijo tambien de ſu hijo D. Iuan, agnado del inſtituyente; y en falta deſte a Don Iuan Tertiogenito, nieto, y agnado de la miſma manera: y en defecto de eſtos a Don Pedro Quartogenito ſu nieto, y deſcendiente mediante varon (de quien deriva ſu deſcendencia mi parte) agnado tambien del inſtituyente: y deſpues deſtos a Don Carlos, hijo de ſu hijo maſculo, y agnado ſuyo: De forma, que en eſtas cinco ſubſtituciones deſtos cinco nietos, deſcendientes maſculos de maſculo, es cierto, è indubitable, que eſtân llamados, y contemplados agnados del inſtituyente, pues es inegable, que lo ſon ſus cinco nietos, como hijos maſculos de ſu hijo maſculo Don Iuan: Luego deſtas cinco ſubſtituciones, en que ſe llaman cinco agnados del inſtituyente como troncos, en quien ſe encabeçan las demas, y fuentes de donde ſe deſpeña la ſucceſsion en los deſcendientes deſtos, ſe deue fixar la norma, regla, argumento, conjectura, y declaracion para las otras ſubſtituciones, Guido Papæ *deciſ.* 133 *cum addit.* Alex. Rubei, Ranchini, & Ferrerij, qui hæc verba: *Secunda concluſio eſt, quando in vltima voluntate, vel contractu diſpoſitio incipit à Maſculis, quia vbicũque excluditur fœmina per maſculũ remotiorem ſemper præſuponitur, quod ratio vnica, & principalis ſit conſervatio agnationis*, Caſanate *conſ.* 50. *num.* 31. Fuſar. *q.* 499. *num.* 9 ibi: *Idem ſi proximiores agnati maſculi de domo, & parentella ſunt vocati, Alban. conſ.* 51. *num.* 12. *Vbi loquitur licet maſculinitatis non ſit facta mentio Cœphalus, qui plures adducit conſ.* 137. *num.* 12. Atqui, en eſtas ſubſtituciones eſtàn llamados, y contemplados agnados: Luego de la miſma manera en las ſubſtituciones de los deſcendientes deſtos eſtà contemplada la agnacion.

§. XVI.

§. XVI.

CONIECTVRA DECIMAQVINTA, DE estar llamados los hijos masculos de los hijos masculos de D. Luys segundo donatario, y no los hijos de sus hijas, ni de sus nietas.

57 AVnque en el llamamiento de Dō Luis Segundo, y su linea en falta del dicho Don Luis, estàn substituidos sus hijos masculos, y en falta de estos, sus descēdiētes masculos. La idea, q̄ en esta conjectura lleuamos, es, que estos *descendientes masculos*, hā de ser hijos masculos de los hijos masculos de Don Luis Segundo, y assi todos los demas descendientes masculos han de ser hijos masculos de masculos succesibles, y no masculos de hembra insuccessible, y excluida, como lo es el Excelentissimo Señor Don Iaime Sarmiento.

58 Y para esto se supone, que despues de las substituciones, y llamamientos de los varones, y en falta de todos estos substituye a las hijas de Dō Luis Segundo, y en defecto dellas a los hijos de las hijas de Don Luis Segū-do: De forma, que quando llama a los hijos de hembra los substituye como hijos de persona succesible, pues supone yà el caso en q̄ su madre pudo suceder: Luego en las substituciones primeras de los varones ha de correr la misma igualdad, y argumento, pues vnas substituciones se declaran con otras, segun lo dicho en el §. antecedente: Atqui el Excelentissimo Señor Don Iaime Sarmiento, y todos los hijos de hembra, descendientes del Vinculante, son hijos de persona insuccessible, y excluida, pues no ha llegado caso de suceder las hembras, porque ai varones de varones, hijos descendientes de personas sucessibles: Luego esta es fortissima cōjectura de estar contemplada la agnacion.

59 Es-

59 Esta eficacissima razon la reconociò, y admitiò Larrea, *decis. 54. num. 8. tom. 2.* ibi: *Secundum hanc interpretationem, ut filij descendentes substituti debeãt intelligi qui ex eis per filios masculos, & lineam masculinam descendunt. Comprobatur, quia subsequentes substitutiones post eam de qua dubitatur, & omnes quæ ante adiectæ, semper requirunt masculos ex masculis descendẽtes esse, ut possint admitti, & ita intermedia substitutio eodem modo debet interpretari, arg. l. Item quia, §. ult ff. de Pactis, l. si servus plurium, 50. §. fin. ff. de legatis* 1. *ibi: Item eamque præcedunt, vel quæ sequntur. l. Titia, §. iddem respondit ff de v. obligat. ex Bart. Curtio iunione, Menoch præsumpt. 19. num. 4. lib. 1. & ad aliam partem dispositionis referenda interpretatio dubiæ orationis, &c.* Y en el *n* 9. dize: *Quod ne inequalitas oriatur*; se deben observar las mismas qualidades en las substituciones de los varones de varones que en las substituciones de varones de hembras; de tal manera, que si el varõ que ha de suceder, ha de ser hijo de hembra sucessible: en los llamamientos de los varones de varones, ha de proceder lo mismo, y por el consiguiente, el varon que suceda ha de ser hijo, no de hembra excluida, è insuccessible, sino de otro llamado, y sucessible.

§. XVII.

CONJECTURA DECIMASEXTA, DE la mayoria de razon que milita en la exclusion de las nietas, y de los hijos varones de las nietas de Don Luis segundo, que en sus hijas.

60 ESta conjectura se funda en la viua razon de la *l si viua matre, C. de bonis maternis*, ibi: *Nam licet*

 hoc

hoc novum præsens lex constituat in nepotes, non tamen abs re est, vt in hoc casu deteriores esse nepotibus filij non sinantur: De donde vrgentissimamente se infiere, que si a las hijas de Don Luis Segundo, que son deudas mas cercanas del Vinculante, que las nietas, y los hijos de las nietas, las excluye de los primeros llamamientos, cõ mayoria de razon, se han de presumir excluidas las nietas, y los hijos de las nietas, pues con estos es mas remoto el parẽtesco. Optime Castillo *lib.2.controuers. cap.4. nu.* 15. ibi: *In fœminis vlterioribus siue alterius lineæ non solum eadem exclusionis ratio, imò fortior etiam esse videtur, nam qui fœminas proximiores exclusit vlteriores, etiam excludere velle multo magis credendum est*, ex ratione legis si viua matre.

61 Vnicamente le sirviò de motivo esta razon a Angelo Mattheacio, para responder sin la passion de Advogado, contra los varones de hembra, y en favor de los varones de varones. Propone la question en el *lib. 2. de leg. & fideicom cap.*10.*num.*4. ibi: *Verum ex his egregia resurgit quæstio, fideicommissum à testatore relictum fuit descendentibus masculis, quæritur, an debeatur etiam masculis, qui ex fœminis orti sunt? Et quoniam testator præsumitur vocando masculos voluisse agnationi suæ consulere placuit communiter iuris interpretibus hoc fideicõmissum non deberi masculis ex fœminis descẽdentibus, quod scilicet intellexerit mares ex maribus progenitos cum fœminas excluserit, hinc Socinus cons.* 12. *nu.* 5. *vol.* 3. *testatur omnes ferè Italiæ DD ita consuluisse*. Notando de passo, que en Italia tuvo su primera cuna la Iurisprudencia, y es donde se beuen las puras, y cristalinas aguas del Derecho; y tambien, que si Angelo Mattheacio respondiò esto en terminos sencillos desta question,

que

que diria en nuestro caso con tantas, y tan vrgentes conjecturas de agnacion.

62 Prosigue, fundando la razon desta resolució, ibi: *Accedente, quod huius mater non admittitur, vtpote fœmina, quamvis filia testatoris ergo multo minus admittetur nepos ex filia tanquam proueniens à radice infecta, vel exclusa, argumento legis. si viua matre, C. de bonis maternis, cap. lator, qui filij sint legitimi quare dato concursu masculi ex masculis perpetuo anteponentur masculis ex fœminis.* Esta misma razon, y conjectura la aprouaron, no solamente los Autores Italianos, sino tambien los Españoles, vt videre est apud Molinam *de Hispanorũ primogenijs lib. 3. cap. 5. & num. 45.* Mieres *de maioratu, p. 2. quæst. 6. à num.* 52. Baeza *de non melioran. dotis ratione filiabus, cap. 7. n.* 33. 35. & 36. Gamma *decis.* 194. Castillo *lib. 2. controuers. cap. 4. num.* 15. el qual, aunque en el *tom. 6 cap.* 29. y los siguientes hasta el *cap.* 33. hablò con variedad acerca deste punto, pero siempre reconoce, que quando se llaman los varones en los mayorazgos, y fideicomissos, concurriendo otras conjecturas de agnacion, se debe responder contra el varon descendiente de hembra, y auiendo conjecturas de agnacion, jamas se ha atreuido a dezir, que la masculinidad requisita sea causa de auerse contemplado solamente el sexo, y que no cõtenga conjectura de agnacion.

63 Y es en tanto grado verdad esto, que los Adicionadores a Luis de Molina *lib. 3. de Hispan primog cap. 5. num. 45. vsque ad* 50. despues de auer reconocido a Castillo *d tom. 6. cap. 29. & seq.* en donde en terminos sencillos, impugna la opinion del Insigne Luis de Molina, *d num* 45. le defienden con la razon que vamos ponderando, ibi: *Retenta verò auctoris sententia pro solutione*

præ-

prædictorum sciēdum est multū interesse vtrū fœmina vocetur, & admittatur: an verò à maioratu succesione excludatur: priori casu eius descendentes appellatione masculorum descendentium admissi censentur qua speciæ loquitur auctor hic nu. 48. No estamos en este caso, porque en las substituciones de varones de varones, ni estàn llamadas, ni admitidas las hembras, sino antes excluidas, vt docet ipse Molina *d. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 25. *vsque ad num.* 38. Prosiguen los Adicionadores la segunda parte de la distincion, ibi *Secundo casu nisi hi descendentes ex propria persona veniant tanquam ex radice infecta excludi debent & hæc differentia inter fœminam admissam & inter fœminam exclusam notissima est, his qui passim in Hispanorum primogenijs versantur.* En nuestro caso, el Excelentissimo Señor Don Iaime, descendit ex radice infecta, quia descēdit ex fœmina exclusa: y es mas remoto, que la misma raiz de quien desciende; y a mas desto, las personas que han de suceder en este mayorazgo, han de suceder representatiue, & non ex propria persona, como se dirà en otro paragrafo: Luego el Excelentissimo Señor Don Iaime no puede suceder en este mayorazgo, ni cognado alguno, ò descendiente de hembra por estar contemplada la agnacion.

§. XVIII.

CONJECTVRA DECIMASEPTIMA, DE la caducidad que el Instituyente prohibe.

64 DEspues de averse hecho largamente las substituciones, y llamamientos de los varones de varones, los recopila todos el Instituyente, alli: *Assi, y en tal ma-*

manera, el dicho Señor Conde dà las dichas Villas, y Lugares, Castillos, Pardinas, y Terminos, bienes, y cosas susodichas al dicho Don Luis, y a sus fijos, y descendientes masclos legitimos y de legitimo matrimonio procreados, è a los dichos Don Alonso, Don Juan, Don Pedro, y Don Carlos de Yxar: y a los hijos descendientes de ellos masculos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados en la forma y manera susodicha que no aya por morir los vnos antes que los otros caducidad alguna, antes ayan de suceder los hijos masculos y descendiẽtes masculos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados del que sucederà en dichos bienes si vivo serà al dicho tiempo.

65 Si estas palabras se miran con sinceridad, se hallarà vna vrgentissima conjectura de agnacion, mui hija de la voluntad, y afecto, que el instituyente tuvo a sus agnados, pues en ellas quiso evitar la caducidad entre los descendientes masculos de cada vna linea, y que se conservasse la transmission contraria a la caducidad; de tal manera, que el masculo, que premuriesse se representara por el masculo que huviera de sucederle, subrogandose en lugar de aquel, y revistiendose el drecho que tuvo; de suerte, que si el premoriente no tenia drecho alguno de suceder, no le podia tener el q̃ entrava en su lugar, pues no pudo transmitirle sucessibilidad, ò aptitud de suceder de que carecia su persona, porque no siendo sucessible el representado, tampoco puede serlo, el que le representa. Optime Tiraquel. *de iure primogeniorum quæst. 12. à nu. 5 cum seqq* vbi varias rationes subtiles, & fundamentales exclusionis masculorum descendentium ex fœminis adducit, præcipuè *nu* 9 ibi: *Quia successio non fit per saltum, & ideo necesse est, vt gradus præcedens sit successibilis, destructo enim ordine destruitur ordinabile, l. tria præ-*

dia ff de servitutibus rusticor. prædior. & ad destructionem antecedentis sequitur destructio consequentis, l. 1. §. huius ff de officio eius cui mand est iurisd. a qua non longe, etiam distat Martinus Laudensis ratioque est huiuscemodi, quia remota radice remouetur omne consequens ex ea, per leg si viva matre, C. de bonis maternis. Y en el *num* 10. trae otra razon de Baldo *in l. quoties, C. de suis & legit.* mui a nuestro proposito: *Quoniã videlicet masculi ex fœminis descendentes carent principio producente. fœmina enim non est agens aptum ad operandũ transmissionem licet masculus sit patiens aptum ad confirmãdum si fieret transmissio.* Y en el *num.* 11. con el mismo Baldo *in l. maximum vitium, col. 1. C. de liber. præteri.* ibi: *Quia mutato sexu non mutatur tamen ratio exclusiua, cum non possit venire, nisi tanquam matris imago argumento, l. illam, §. penult. C de collationibus sed mater inuenitur exclusa: ergo. & filius: quia nisi in capite principiũ sumat non potest vlterius progredi argumento, l quæcumque gerimus, ff. de obligat. & act & rursum col. 4.* vers. *Quare duo ostendens id procedere, etiam si statutum non reciperet interpretationem* (como en Aragon los Fueros, y qualesquiere cartas, y escrituras que se deben entender a la letra) *quia hoc inquit nõ est per interpretationem, sed per viuam rationem: quia nascitur ex inhabili materia, nam mater eius à qua sumeret formam succedendi sicut sumit originem nascẽdi est inhabilis, & aliena: ergo quid quid ex ea sequitur argumento l. 2. C. de libertis, & eorũ liber.* quas rationes latè prosequuntur Cœphal. *cons.* 103. *per tot. lib.* 1. Simon de Prætis *cons.* 98. Mantica *de coniectur. lib. 8. tit fin. ex nu.* 72. Molin. *de Hispanor. primog. lib. 3 cap. 5. num* 41. Mieres *de maioratu part.* 2. *quæst.* 4. *illat.* 8. *num.* 22. *in princip. & quæst.* 6. *num.* 52. Menoch.

conſ.318.ex num.21.vſque ad num.29.lib.4.& conſ.172. à num.1.vſque ad num.13.& num.30.31.& 32.lib.2. Aldobrandinus *conſ.5.ex num.1.cum ſeqq.& conſ.3.nu.33.* Robles *de repreſentatione lib.2.cap.20.num.7.& 8.* Caſtillo *controverſ.tom.3.cap.15.num.78.& 79.*

66 De que ſe infiere, que aviendo de ſer el que ſuceda en eſte mayorazgo, hijo de perſona ſuceſsible imagen ſuya, que pueda repreſentarle con todos los drechos, qualidades, y circunſtancias que tuvo el repreſentado para poder ſuceder, no ſiendo la hembra perſona ſuceſsible, no le puede tranſmitir a ſu hijo el drecho de la ſucesſiō, ni es apto medio para la trāſmiſsion, pues aviendo de repreſentar el hijo la perſona de ſu madre, ſi la madre, por ſu perſona nó puede ſuceder, tampoco ha de poder ſuceder el hijo: el hijo de la hembra, no puede ſuceder por la tranſmiſsion, y repreſentacion que conſiderò el Inſtituyente, previniendo, y prohibiendo la caducidad: Luego ſolamente ſeràn ſuceſsibles los que fueren hijos deſcendiētes varones de varones: Atqui eſtos ſon agnados: Luego en eſta eſcritura eſtà contēplada la agnacion por eſta razon juridica, y conjectura que ſe debe admitir, aun dōde huviere Eſtatuto, y lei excluſiva de qualquiere interpretacion, y obligatoria de eſtar al rigor de la letra, y la carta, ſegun Baldo, alegado por Tiraq. *in d. l. maximum vitium, C. de liberis præterit.*

§. XIX.

CONIECTVRA DECIMAOCTAVA, DE LAS condiciones impueſtas a la ſubſtitucion de Don Alonſo Fernandez de Yxar.

67 DEſpues de aver llamado el Inſtituyente a la ſuceſſion à Don Luis Segundo donatario, a ſus hijos, nie-

nietos, y descendientes varones de varones, deseãdo, que se conservaran estos Estados en su Varonia, y agnacion mientras la huviera, prosigue llamando, y substituyendo a Don Alonso Fernandez de Yxar, con las condiciones, que dize la escritura, alli: *Y en caso, que el dicho D. Luis de Yxar muriesse sin fillos masclos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, ò sin descendientes de aquellos, masclos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, no Religiosos, ni en Sacros Ordenes constituidos, ò sus fijos masclos, ò descendientes de aquellos masclos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, no Religiosos, ni en Sacros Ordenes constituidos muriessen sin de fijos masclos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, que en los ditos casos, las ditas Villas y Lugares, Castillos, Pardinas y Terminos, ayan de venir, recaigan, y preuengan al Noble Don Alonso de Yxar.*

68 En esta clausula se ven claramente dos condiciones impuestas a la substitucion de D Alonso de Yxar; la primera, *si Don Luis muriera sin hijos*, la qual faltò porque muriò con hijo, que fue D. Iuan Francisco Christoual Fernandez de Yxar; la segunda condicion fue, *si los hijos masculos de dicho Don Luis Segundo*, esto es, *si el dicho Señor Don Iuan Francisco Christoval muriera sin hijos masclos.* Esta condicion se cumpliò, porque dicho Señor Don Iuan Francisco Christoval no tuvo hijos masculos; y siendo estas condiciones alternadas, è impuestas con la diccion *vel*, ò *aut*, que de su naturaleza es disiuntiva. *l. ille, aut ille. ff. de leg.* 3. Barbos. *cum mult. dict.* 46. *à n.* 1. *cũ seqq.* basta que se cumpla qualquiera de ellas, para que tenga ingresso en la sucesion la linea de Don Alonso de Yxar, nam ad verificationem huius dictionis alternatiuæ sufficit alteram partem esse veram, *l. si heredi plures. ff. de condit. institut. l. plerumque, §. fin. ff. de iure do-*

dotium, *l si quis ita stipulatus fuerit ff. de verb. oblig.* Rolandus à Valle *cons. 99. num. 56. tom. 4.* Parisius *cons. 91. num. 29 lib. 2.* Euerardus *loco 49. à natura alternatiuor. in centuria* Cenedo *sing. 6. num. 2. & 3.* Portol. *de consor. cap. 1 num. 7. vers. Diximus autem.* Cancer *lib. 1. variar. cap. 1. num. 51.* Pelaez *de maiorat part. 2. in initio, nu. 34.* Molina *de primog. lib. 6. cap. 6.* Por estar puestos en condicion los hijos de los hijos masculos de Don Luis Segundo, no puede cumplirse, ni verificarse en los hijos de las hijas de dicho Don Luis Segundo: Luego en la linea de D. Luis Segundo, està contemplada la agnacion, pues no pueden suceder otros que los masculos, hijos de masculos, nietos de Masculos, y descendientes masculos de masculos; dispositiva namque declarantur, atque interpretantur à conditionalibus, Ruinus *cons. 125 lib. 3.* Hieronymus Zanchus *in repetitione l. hæredes mei, §. cũ ita, part. 3. num. 212. ff. ad Trebel.* Parisius *cons. 17. num. 19. & cons. 106. num. 9 lib. 1.* Hieronym. Gabriel *cons. 111. nu. 23. lib. 1.* Tiberius Decian *cons. 31. nu. 40 lib. 2.* Ioseph. de Rusticis *in proœmio ad textum in l. cum Abus, cap. 3. de condit. & demonst.* Castillo *tom. 4. controuers. cap. 55 à nu. 1.* Casanate *cons. 29. num. 59.* Roca *decis. 225. in princip. p. 1. nouissimar.*

69 El caso de no nacerle, hijos masculos al Excelentissimo Señor Don Iuan Francisco Christoval Fernandez de Yxar, y el caso de nacer, y morir, es vno mismo, porq̃ aunque esta question fue en lo antiguo mui vẽtilada entre Scebola, y Lucio Craso, pero venciò Craso, por la *l. Titius, §. Lutius, ff. de liber. & posthum.* y otros muchissimos textos, y Autores que recogiò Suelves *cõs. 17. in cent.* Y Fusario *de subst. quæst. 64.* auiendose juzgado en esta Corte *in proces. Francisci Fonseca sup. Apprehen-*

sione à 19. de Abril de 1625. q̃ lo mismo era nacer, y morir los hijos puestos en condicion, pues de qualquier manera se cumple aquella; y assi parece q̃ se verificò la condicion de morir los hijos de D. Luis Fernandez de Yxar sin hijos, pues no le nacieron al Excelentissimo Señor Don Iuan Francisco Christoval, y por el consiguiente, se le difirio la sucession a Don Alonso, despeñandose siempre de vn agnado en otro, sin que dicha condicion se pudiera cumplir por medio de las hijas del Excelentissimo Señor Don Iuan Francisco Christoval, ni de los hijos de sus hijas.

70 Y aunque de la clausula arriba recitada parezca que faltò la condicion, por quanto no solamente los hijos de los hijos de Don Luis Segundo, estauan puestos en ella; sino tābien los descendientes: Pero explicase bien el Instituyente, pues dize, que en caso, que el dicho Don Luis de Yxar muriesse sin fillos mascles, ò sin descendiētes de aquellos mascles, ò sus fijos mascles, ò descendientes de aquellos mascles muriessen sin fijos mascles, recaiga el Estado en Don Alonso: En donde se vè con toda claridad, y sin tergiuersacion alguna, que la palabra *descendientes*, puesta en la condicion, la entendiò el Instituyente de los descendientes inmediatos de varon, pues mas ābaxo se declara, y dize: *Que si los hijos masculos, ò descendientes masculos muriessen sin fijos, &c.* Los hijos de Don Luis Segundo, son descendientes masculos de masculo inmediato: los hijos de los hijos de Don Luis Segundo, son tambien descendientes masculos de masculo inmediato: Luego aquellas palabras, ò descendientes de aquellos mascles, se deben entender de los masculos inmediatos, y no de los masculos que descienden por hembra.

71 No

71 No ay mejor texto, ni glossa de mas autoridad, ni interprete mas graue, que el mismo instituyente, pues quando aquel se glossa, y se declara, no es necessario recurrir a otras interpretaciones juridicas, *l. ex facto in princip. vbi DD ff. de vulg.* Socin. *conf.* 102. *num.* 10. *lib.* 3. Curtius senior *conf.* 29. *col.* 3. Parisius *conf.* 91. *num.* 27. *&* *conf.* 92. *num.* 24. *lib.* 2. *&* *conf.* 3. *num.* 53. *lib.* 3. Grammaticus *conf. ciuili* 105. *nu.* 67. Baldus *conf.* 407. *col. fin.* Bart. *in l. Centurio, nu.* 27. *ff. de vulg.* Simon de Prætis *lib.* 1. *interpr.* 1. *dub.* 3. *solut.* 5. *nu.* 1. *&* 36. Pulchrè Raudensis *conf.* 35. *nu.* 61. *&* 63. *lib.* 1. Los descendientes masculos declara el Instituyente, que sean hijos de otros masculos: Luego declara, que han de ser inmediatos masculos a otros masculos, estos faltaron en la linea de Don Luis Segundo, y se defiriò la sucesion a Dō Alonso, ò a su linea por cumplirse la condicion, debaxo de la qual estaua llamada: Luego quedò excluida la linea de Dō Luis Segnndo, por faltar masculos de masculos inmediatos, y descendientes siempre de tales, y asi por falta de agnados: Luego en esta escritura, parece innegable que estè contemplada la agnacion.

§. XX.

CONJECTURA DECIMANONA, DE la causa de excluir a las hembras, que es vna misma, respecto de sus hijos.

72 LA causa que tuvo el Instituyente para excluir a las hembras de este Mayorazgo, no fue accidental, ni fue el sexo femineo, sino el fauor de los masculos de todas las cinco lineas, y de sus descendientes masculos: Este fauor de los masculos de masculos milita respecto

de

de los hijos de hembra: Luego los masculos de masculos han de suceder antes que los masculos de hembra. Es celebre, decissiva, y digna de repetirse mil vezes la doctrina de Bartulo *in l liberorum* 220. *de verb signific. nu.* 14. *&* 16 ibi: *Quandoque filia excluditur propter fauorem descendentiæ, vel alterius, & tunc sicut excludebatur filia, ita nepos seu neptis ex ea ratio, quia ille fauor durat mortua filia sicut ea viua. De fauore alterius pone exemplum in themate præallegatæ quæstionis, vbi filia excluditur propter fauorem filij masculi, certè defuncta filia durat fauor filij; & sic excludit etiam nepotem ex ea.* Fue tambien gran decision la del Senado de Saboya, apud Fabrum *definit.* 1. *de v. sign.* ibi: *Quod eadem exclusionis ratio noceat liberisque matri, &c.*

73 La razon, y causa de excluir las hembras, no resulta de algun hecho suyo, por el qual el Instituyente las excluyera; que esta causa no transcendiera a sus hijos: De donde resulta, es del favor, y afecto que tuvo a los descẽdientes varones de varones: este es perpetuo, y milita respecto de los hijos de las hembras, y assi distingue bien Castillo *tom.* 3. *cap.* 15. *num.* 62. con Aldroband. *cons.* 3. *nu.* 57. *&* 58 *lib.* 1. *Vt quandò mater excluditer ex facto proprio, tunc ipsius exclusio non inficiat eius descendentes: Cæterum si facto legis, vel disponentis sit exclusa, tunc, & descendentes inficiat.* Comprueva lo con infinitos; y Fusario *quæst.* 404. pondera esto mismo *nu.* 3. ibi: *Quarto mutato sexu non mutatur ratio exclusiva, cum filius nõ possit succedere nisi tamquam parentis imago, arg. l. illã, § penult. C de collat & ibi Paul Castr. idem dixit Bald. in l. maximum vitium, col.* 2. *vers. Idem dico, C. de liber. præter. & d cons.* 40. *Quidam magnus nobilis, col.* 2. *vers. Non obstat, lib.* 3. *Menoch. cons.* 172. *num.* 30. *lib.* 2. *Ergo*

si

si mater est exclusa, linea ab ea descendens non poterit succedere.

74 Y despues de auer careado las dos opiniones, admitiendo la primera, que es la que defendemos, dize en el *num. 9. Prima tamen opinio procedet quando concurreret masculus ex masculo, & masculus ex fœmina, quia masculus ex masculo erit præferendus Ruin. cons. 49. nu. 6. & cons. 120. nu. 8. lib. 1. Socin. iun. cons. 69. lib. 3. Alciat. cons. 15. col. 2. lib. 8. Cœphalus cons. 581. num. 5. Peregrin. de fideicom. art. 26. num. 17. & cons. 1. num. 10. in fine lib. 5.* Y vltimamente esta exclusion real de las hembras, y sus hijos, y descendientes varones, la calificò V. S. con exemplar del processo Dõ Bernardini de Mendoza, apud Sesse *decis. 254. claus. 2.* ibi: *Quod cum nullus earum fauor fuerit consideratus, non solum ipse, sed earum filij, licet masculi in vim dicti fidecommissi purificati succedere nequeunt, cum earum mater perpetuò exclusa reperiatur, & mutato sexu non mutetur ratio exclusiva sexus, quæ fuit eorum masculorum favor, &c.*

§. XXI.

CONJECTVRA VIGESIMA, DE LA digression à muchos grados, y substituciones de los varones de varones.

75 ESta conjectura està mui autorizada de todos quãtos han tratado de interpretar las disposiciones hechas en materia de Mayorazgos, como se vè en Fusario *quæst. 499. num. 15.* en donde, despues de auer dicho, que el llamamiento de los varones, es argumento fuerte, y conjectura de agnacion, dize con Surdo *cons. 96. nu. 30.*

*lib.*1.*& conſ.*241 *num.*11.*&* 13 *lib.* 2. *Id maxime verum eſſe quando teſtator plures gradus ſubſtitutionum fecit ſemper vocando maſculos*, a quien ſiguen Intrigliolus *de ſubſtitut.cent.*3.*quaſt.*58.*num* 21.*& quaſt.*79 *nu.* 11. Menoch *lib.*4 *præſumpt.*69.*num.*10.*& præſumpt.*85.*nu.*25.y otros muchos que alli cita, que lleuan, y tienen por conſtante ſer eſta la comun opinion, quibus addēdus eſt Ciriacus *tom.*1.*controuer* 96.*nu.*21.ibi: *Tum, & etiam deducitur iſta ratio conſervandæ agnationis, quia fecit varios gradus ſubſtitutionum in varios collonellos collateralium maſculorum vſque in infinitam deſcendentiā maſculinam eorum. Hondedeus conſ.*67.*num.*4.*vol.*1. *Ruſticis ad l.cum Abus lib.*3.*cap* 2 *num.* 37. *& repetit. Surd. in locis citatis & in conſ.*443.*num.*14.

76 Ioſef Ramona *conſ.*15.*nnm.*13.reſuelve por eſta conjectura, ibi: *Quamquam verò non deſint contradictores exiſtimantes ex ſola maſculorum vocatione non cenſeri habitam rationem agnationis cum alijs de cauſis teſtator ad vocandos maſculos poſſit impelli. Contraria tamen & communior eſt, & verior opinio, quam prolixe defendit Ruſticis in l.cum Avus ff. de condit. & demonſt. lib.*4 *cap.*2.*num.*17.*dicens num.*19. *Ab ea neutiquam eſſe recedendum, & in dubium eſſe profitetur ſi ſæpius qualitas iſta repetita ſit prout in hoc caſu in omnibus ſubſtitutionum gradibus expreſſa eſt, ex l.Balliſta, ff. ad S. Conſ. Trebel.* Y que la digreſsion, a muchos grados, y ſubſtituciones de maſculos, ſea vrgente conjectura de agnacion, lo defienden Pedrocha *conſ.*37.*nu* 3.*lib.*1. Raudenſe *conſ.* 36 *num* 76.*lib.*1. Riminaldus jun. *conſ.*21.*nu.* 41. Ruſticis *conſ.*3 *num.* 40. en donde dize ſer eſta comun opinion; Fabius de Anna *conſ.*10. *num.* 20. que dize ſer mas frequente, y conforme a la voluntad del Inſtituyente, Cra-

uc-

ueta *conſ*.878.*num*.10. Menoch.*conſ* 318.*nu*.18. en donde reſponde a los argumentos contrarios, Caſanate *conſ*. 20.*num*.28. que dize no ſer dudable, concurriendo otras conjecturas con Ripa, Socino, Riminaldo, y otros que cita en la primera alegacion que eſcriviò en la cauſa de Baronia de Quinto.

§. XXII.

CONJECTVRA VIGESIMA PRIMA, DE la perpetuidad que deſeò el Inſtituyente en la ſuceſsion de los varones de varones.

77 AQuel vehementiſsimo deſeo que el Inſtituyente tuvo, de que durara la ſuceſsion de los varones de varones *ſiempre, y en todos los caſos que acaeceràn*, es argumẽto invencible, y fortiſsima conjectura, por la qual ſe conoce a buenas luzes, que quiſo ſe eternizara la duracion de eſte mayorazgo en todos ſus agnados, Barboſ. *Appellativo* 94.*num* 16. ibi: *Verum quia non deſunt, qui contrariam opinionem ſectentur; ideo eorum authoritates intelligendas eſſe in caſibus in quibus teſtator tacite, vel expreſſe ſenſerat de maſculis; & de conſeruandis bonis in agnatione, benè obſervat Sfortia conſ.*46.*num*.49. *cum ſeqq. Quando autem ſenſerat de maſculis, & de conſeruandis bonis in agnatione, ac proinde fœminas noluerit ſuccedere, petendum eſt ex coniecturis in hac re per Doctores afferri ſolitis*. Y deſpues de aver referido algunas conjecturas de agnacion, entre otras trae eſta en el *num*. 22. ibi: *Sexta conjectura eſt quando teſtator conſtituit fideicommiſſum ſucceſsivum, & duraturum in familia, vt quia adeſſent verba in ſubſtitutione, quæ perpetuitatẽ important, puta, in infinitum, vel in perpetuum Craueta*

conſ.

*conſ.*180.*à num.*1.*Simon de Pratis de interpret. vltimar. volunt.fol* 290.*num.*36.*Natta conſ.*676.*nu.*42.*Alexan. Raudenſ de Analogis lib.*1.*cap.*13.*nu.*27.*Hieronym. Gabriel conſ* 132.*q.*4.*num.*40.*lib.*1.*Surdus conſ.*96. *num.*27. *& ſeqq. Fuſar.de ſubſtitu.q*:499.*num.*12.

§. XXIII.

CONIECTVRA VIGESIMA SECVNDA, de la prohibicion de agenar en otros, que en los varones de varones.

78 PRohibe el Inſtituyente con ampliſsima clauſula la agenacion deſtos Eſtados, en otros que en los maſculos de maſculos ſubſtituidos en eſte mayorazgo, y de aì nace otra vrgentiſsima conjectura de eſtar contemplada la agnacion, Peregrin.de *conſ.*16.*dub.*2.*lib.*3.en donde propone, que vn teſtador inſtituyò heredero a Pablo, nieto de vn hermano ſuyo por varonia, y le ſubſtituyò a ſus deſcendientes maſculos, y prohibiò la agenaciō, con eſta clauſula: *Item voluit, quod bona in quibus D. Paulum, & eius filios inſtituet, & ſubſtituit, non poſsint vendi alienari, nec aliquo modo transferri extra familiam maſculinam de Macheronibus del Vlmo per contractum, nec vltimam voluntatem, &c.* Muriò Pablo cō deſcendientes maſculos, los quales tambien, deſpues faltaron: Dudòſe a quien avia de pertenecer la ſuceſsion? y reſponde Peregrino: *Agnatos tranſverſales del Vlmo cēſeri vocatos.* Sequntur Tiberius Decian.*conſ.*86. *num.*16. *lib.*3.Hyppolit.Rimin.*conſ.*482.Menoch.*conſ.*424.idem Peregr.*conſ.*149,*lib.*5.Gratian.*diſcept, Forenſ.cap,*828. *n.* 23.*& ſeq.tom.*5.en donde dize, que por eſtar veſtida la

pro-

prohibicion de agenar con la razon de conservarse los bienes en los descendientes varones de varones perpetuamente, se entienden llamados todos los agnados trãsversales al fideicomisso; y esta dize ser la mas comun, y verdadera opinion, Gozadinus *cons.* 102.*nu.*4. Parisius *cons.* 30.*num* 22.*lib.*2.Gratus *cons.*48. Aimon *cons.*130. *nu.*10. Roland.*cons.*23.*num.* 22.*lib*,4.*&* *cons.*34.*num.*65. *eodem lib.*Cœphal.*cons.*137 *num.*11.*lib.*1.Surdus *cons.* 96. *nu.* 7. *lib.*1.Beccius *cons.*24.*nu.*4.Berous *cons.*88.*num.*5. Alciatus *cons.*561.*num.*1.*&* *cons.*650.*nu.*2. Petra *de fideicom. quæst.*5.*num.*42.*&* 43.y se ha juzgado assi infinitas vezes en la Sacra Rota, como refiere Gratiano *d.cap.*828.*num.* 25.*tom.* 5.

79 En nuestro caso, la razon, y causa de prohibir el Instituyente la agenacion de estos Estados, fue el deseo que tuvo de que se conservarã en su familia masculina, ò en sus descendientes varones de varones; y assi parece que se infiere bien de dicha prohibicion la enixa voluntad del Instituyente, de que se defiera la sucession a los agnados; pues si en los casos de Peregrino, Gratiano, Riminaldo, y los arriba citados, por solo ir vestida la prohibicion de agenar con la razon de conservarse los bienes en los descendientes masculos del testador, se dize contemplada la agnacion, no solamente en los descendiẽtes, sino tambien en los transversales, con quanta mayor razon, siendo el Ilustrissimo Señor Don Pedro Luis Fernandez de Yxar, Conde de Belchite, varon descendiente de varones por linea recta de dicho Instituyente, se deue entender llamado a este Mayorazgo, como agnado de dicho Instituyente, si quando fuera transversal se avia de dezir lo mismo, segun las doctrinas alegadas.

§. XXIIII.

CONIECTVRA VIGESIMA TERTIA, DE la mente verosimil del Instituyente.

30 SI inmediatamente, despues de aver otorgado esta escritura se le huuiera preguntado al Instituyente, si en la fundacion deste Mayorazgo contemplò la agnacion? y que quiso dezir con tan repetidas substituciones, y llamamientos de varones de varones, sin mezclar entre ellos substitucion de hẽbra alguna, excluyendo a los ilegitimos, a los Religiosos, a los constituidos en Sacros Ordenes, llamando perpetuamente a los masculos de masculos, siendo agnados suyos, sus mas predilectos, que expressamẽte los substituye, y siendo el mismo instituyente descendiente varon de varon de la familia, agnacion, y renombre de Fernandez de Yxar, a todas luzes ilustre, esclarecida, y grande, siendo tan quantiosos los bienes deste mayorazgo, compuesto de tantos Castillos, Villas, y Lugares, deseãdo eternizar los blasones de Fernandez de Yxar, en los descendientes de hembra, en falta de los descendientes varones de varones, fingiendo los agnados con la obligacion de lleuar Nombre, y Armas, con tan repetido deseo, y enixa voluntad de que sucedierã masculos? Parece, que la mas verosimil respuesta que diera la mas ajustada a la letra desta escritura; la mas conforme a la carta, como hija natural, y legitima del concepto que avia formado, de quanta importancia era la conservacion de vna familia, y agnacion tan ilustre como la suya, fuera el dezir, que su animo auia sido el contemplar la agnacion, y el desear se conservaran estos bienes en sus agnados: y siendo, al parecer innegable, ve-

rosimil, que respondiera esto mismo, no devemos apartarnos desta verosimilitud, sino seguir los vestigios que nos dexò la mente del Instituyente en esta escritura, Antonius Gabriel *communi conclusionum lib.6.tit. de regulis iuris, conclus.*10. en donde dize: *Quod dispositio recipit interpretationem quam vero similiter fecisset disponens, si fuisset interrogatus quo ad eum casum, qui non sit ex toto omissus sed aliquo modo comprehendi posit sub natura dispositionis quem præter Socinum,* Albericum, Deciũ, Parisium, Gratum, Ruinum, & alios sequntur Prætis *de interpretat. vltima voluntat. lib.*3. *dubit.*4. *solut.*1. *nu.* 81. *fol.*12. Molina *de primogenijs lib.*1. *cap.*4. *num.* 24. & *cap.*13. *num.*96. Mieres *de maioratu* 1. *p. q.* 51. *nu.*5. Menchaca *de successionum creatione lib.*2. §. 11. *num.* 35. Peregrin. *de fideicom. art.*11. *num.*32. Fabius de Anna *cons.* 84. *num.*29. Intrigliol. *decis. Siciliæ* 37. *ex num.* 10. Petra *de fideicom quæst.*9. *num.* 25. Gamma *decis.* 355. *num.* 4. Castillo *lib.* 4. *controuers. cap.* 12. con otros muchos que cita.

81 Y Nata vsò de este argumento en favor de los varones agnados, en aquel celebre consejo, que escriviò en la causa, y pleito de las Baronias de Sastago, y Espès por Don Artal de Alagon contra Doña Ana de Alagon, el qual aprovò V.S. con tres votos que tuvo Don Artal de Alagon en esta Corte; es el consejo 676. y el numero que haze à mi proposito el 42. ibi: *Item considerarunt paciscentes conservationem familiæ de Espès, & ipsius decorem recipere per masculos augmentum, dignitatem, & honorem, § cæterum. §. media instit. de legitima agnator. successione nam si fœminæ vocarentur sequæretur, quod cognomen de Espes modo esset in familia de Alagon, modo esset in aliena familia: Ideo ex coniecturata mente ipso-*

ſerum fuit, quod ſemper, & in perpetuum deberet dicta Baronia & Caſtra ac cognomen & arma de Eſpes permanere in maſculos de Alagon ad effectum perpetuæ conſervationis ipſius domus, & iſta interpretatio mentis, & veroſimilitudinis eſt omnino capienda, quia ſi paciſcentes viuerent, & hoc interrogati fuiſſent, vtique ita reſpondiſſent: Ergo pro expreſſo haberi debet l. tale pactum, §. fin. vbi communiter Scribentes ff. de pactis.

82 Eſte inconueniente, que preuino Nata, ſe hallaria en nueſtro caſo, ſi los deſcendientes por hembra del Inſtituyente ſe entendieran llamados, porque ſe ſeguiria, que los blaſones, y timbres del Inſtituyente, aora eſtarian en la Caſa de Fernandez de Yxar, y mañana en la Caſa de Sarmiento, ù de otra familia agena, lo qual ſeria deformidad, y contra la mente veroſimil del Inſtituyente, y contra lo que reſpondiera ſi viuiera: Luego eſta conjectura nace del vehemente deſeo que tuvo, de que ſe conſervaran las armas, y renombre de Yxar, en aquellos que naturalmente, y ſin artificio alguno ſe conſervan, como ſon los agnados, y aſsi es vrgentiſsima conjectura de agnacion.

§. XXV.

CONJECTURA VIGESIMA QUARTA, de la neceſsidad que le forçò al Inſtituyente a ſubſtituir a las hembras.

83 AY mui grande diferencia, entre el llamamiento de los varones de varones, y entre el llamamiento de las hembras, y deſcendientes de hembras, y es, que el llamamiento de los varones de varones, es meramente voluntario, nacido del natural afecto, y cariño, que el Inſ-

Instituyente tuvo a estos: Pero el llamamiento de las hẽbras, y descendientes de hembras, fue precissamente necèssario, y forçoso, pues lo hizo el Instituyente, a no poder mas, contemplar la agnacion de lo que la cõtemplò: Conocese èsto clarissimamente, porque despues de auer llamado a los varones de varones, descendientes de aquellos cinco nietos suyos, preuiniẽdo el caso de faltar aquellos, aun no quiso que fuera la sucession a las hembras, ni a los descendientes de hembras, sino que excogitò otro caso, en el qual se conservara mas la agnacion, y fue substituyendose assi mismo, de tal manera, que hizo todo lo possible para no dar entrada en la sucession a las hembras, ni a los descendientes de hembra: y viendo que este caso podria faltar, cõpelido de la necessidad que le obligaua a la conservacion del esplendor de su familia, y de su memoria, y porque el mayorazgo no feneciera en el vltimo agnado franqueò las puertas de la sucession a las hembras, y a los descendientes de hembra.

84 Esta diferencia, y consideracion que se haze entre estos dos llamamientos, es vrgentissima conjectura de agnacion, como constantemente lo sintiò Castillo *cõtrouers. lib. 5. cap. 92. nu. 6.* ibi: *Cum in defectum omnium masculorũ ex sua familia fœminas institutor ad successionem vocauerit, dici quoque verè debebit institutorem metipsum infinitè, & absolutè agnationi prospexisse, eamque conservare voluisse Fœminas tamen omnibus masculis deficientibus, velut necessitate cogente vocasse, vt perpetuitate maioratus, & memoriæ suæ, atque familiæ splendori consuleret, ne in vltimo agnato maioratus finiretur, & bona libera remanerent, sicuti eum iudicio adnotauit Gregor. Lopez in l. 3. tit. 13. partita 6. Gloss. 2. verb. Mugeres, quæst. 4. vers. 2. Præmitendum, Mieres 2. part. q. 6.*

 num.

*num.65.Et quidem pro hac communi sententia & recepta interpretum distinctione, infinitas possem scribentium auctoritates expendere quas sciens consultoque prætermitto.*Y en el *num.*13.persevera en el mismo sentir. Y en el *tom.6.lib.5.cap.*133.*num.*7. dize ser esta la mas verdadera, y comun opinion con Surdo,*cons.*475.*num.*20. *lib.* 4.*& cons.*316.*num.*13. *&* 14.*& cons.*443. *num.* 42. *lib.*3. Marius Giurba *decis.Siciliæ* 32.*num.*19.Sousa *in l fæminæ num.*35 .*&*47.*ff.de reg iur.*Casanate *cons.*4.*num.*228. *& seqq.cons.*50.*num.*33.*& cons.*38.*ex num.* 63. *cum seq. & ex num.*75.Peregrin.*de fideicom. art.* 15. *num.* 26. *& art.*14.*num.*28.*&* 39.*& in cons.*58.*nu.*6.*lib.*1. Faquineus *cons.*35 *num.*8.*lib.*1.& alij infiniti quos cumulat Castillo vbi proxime.

85 Es puntualissimo, y decisivo el *cons.* 47. de Don Pedro de Luna *inter consilia diversor.Siciliæ, num.*37.en donde dize, que no solamente no obsta el aver llamado a las hijas en vltimo lugar, sino que antes bien, esto es cõjectura de agnacion, ibi: *Non item obstat, quod vltimo loco vocauerit filias; per quod secundum nonullos videtur non habuisse mentem ad masculinitatem, & conservationem agnationis, vt per Giurb.in d.decis.sub num.*14.*vers. Tertio filijs, & num.* 15. *Nam respondeo hoc dictum, ita absolutè intellectum CONTINERE MERAM VANITATEM; & tunc forte aliquem continere posse colorem; quando testator statim post filios masculos vocauit filias, vt in causa ipsius D.Giurbe, & D D. allegatorum ab eo: Non sic quando testator post substitutionem filiorum inter reciprocam, & substitutionem successiuam filiorum nepotum & pronepotum ex filijs, & demum nemine ex ipsis stante substituit filias; nam tunc, & si testator per vocationem filiarum videatur ad vniuersam ag-*

na-

nationem non respexisse; id quod argumentum contrariũ videtur concludere, attamen negari non potest; quin per coniecturam prædictam respexerit agnationem inter descendentes masculorum durante illorum linea. Nec contrarium in hoc argumentum concludit, cum non sit incõueniens, aut absurdum, quod testator cogitauerit de agnatione inter certum personarum genus tantum, & propterea quemadmodum vniuersæ fœminæ exclussæ fuissent, si testator considerasset vniuersam agnationem, ita excludi fœminas certi generis considerata agnatione, quoad illud genus & quoad personas illius, cum eadem debeat esse ratio partis quoad partem quæ esse solet totius, quoad totũ, vt in l. Quæ de tota. ff. de rei vẽdic. Ita hæc omnia ad verbum dixit, & considerauit Surdus d. decis. sub num. 22. vers. Quod verum dictum est, & num. 23. allegans in terminis statuti exclusiui fœminarum propter masculos certi generis seu vsque ad certum gradum dixisse Immol & sequtos fuisse Socin. Bru. Gozadin. Paris. Rimin Sen. Socin jun. Grat. & Rip in locis ibi per eum allegatis, subiungitque preterea, immò posse retorqueri argumentum: sicuti extantibus masculis & filijs, & nepotibus ex eis, exclusit proprias filias & eas vocauit nemine ex eis extante, ita quoque & multo magis videtur excludere voluisse neptes, & solummodo eas vocare voluisse in defectu filiorum. & masculorũ descendentium ex eis ex Las. Rub. Rimin. & alijs, & in hanc sententiam dicit Surdus Senatum inclinasse, & secũdum eam iudicare voluisse, nisi lis inter partes fuisset transactione sopita. Item retorquendo iterum argumentum ex hoc quod vltimo loco vocauerit filias, ostenderit multo fortius testatorem agnationem cõsiderasse, vt expresse voluit, & dixit Thesaur. in d. decis. 188. num. 16. post. Simon de Pratis quem dixit ex multis probasse, & sequtus fuit Peregrin. d. art. 25. n. 24. in fine.

§. XXVI.

§. XXVI.

CONJECTURA VIGESIMA QVINTA, del ſentido natural de las palabras de eſta eſcritura.

86 SOn las palabras, la forma eſſencial de qualquiere diſpoſicion, *l ſi is qui ff. de teſtamentis*, Authentica *de reſtitutione fideicommiſſi*, §. *nos igitur*, Caſtro *cõſ.* 177. *num* 1. y ſu propriedad ſe deue atender, *l. Non aliter de legatis* 3. Mantica *de coniecturis lib.* 3. *cap.* 4 *per totũ*, *qui traddit illud* M. Tullij Ciceron: *Neque opportet de eius voluntate nos argumentari, qui ne id facere poſſimus, iudicium nobis reliquit ſuæ voluntatis.* Y en el *lib.* 3. *tit.* 5 *n.* dize, que quãdo el ſentido natural de las palabras no repugna qualquiere conjectura por leve, y ligera que ſea, es ſuficiẽte para declarar, y conocer la voluntad del Inſtituyente, Caſanate *conſ.* 1. *num.* 28. & *num.* 283. & *conſ.* 4. *num.* 32. & *conſ.* 17. *num.* 19. & *conſ.* 20. *num* 7. Caſtillo *lib.* 4. *cap.* 7. *a nu.* 1. *cum ſeqq.* Y de aqui toman fundamento algunos DD. para dezir, quod ſimplici appellatione maſculorum, quando no conſta por otras conjecturas eſtar contemplada la agnacion, continentur tam maſculi ex fœminis, quã maſculi ex maſculis, vt apud Caſtillo *tom.* 5. *lib.* 5. *cap.* 131. porque la palabra *varones*, de ſu natural ſentido comprehende tanto los varones de hembra como los varones de varones.

87 Pero debaxo el nombre *de varones*, ſeu *appellatione maſculorum ex maſculis*, propriamente, ni conforme al ſentido natural no ſe comprehenden los varones de hembra: Conoceſe claramente, que fueron deſte ſentir los DD. que defendieron a los varones de hembra, como es Anton. Fabro *de erroribus Pracmatic. tom.* 2. *decade*

28. *errore* 8 *fol.*141.ibi: *Sed cur dictionem* masculis *simpliciter prolatam, & sui natura aptam comprehendere masculos omnes, etiam ex fœminis progenitos, restringere volumus ad masculos ex masculis susceptos, ac si scriptum, & additum esset,* masculis ex masculis; *An hoc non est: nō solum diuinare, & supplere, sed etiam vim appertam verbis facere: cur non sic loqui testator potuisset si voluisset: id quod modo Justinianus argumentatur in l. vnica, §. vbi Autem, vers. Sin autem ad deficientis, C. de caduc. tollen.* Pedro Surdo *cons.*308 *nu.*2.*vol.* 3. dize: *Quod vbi dispositio non distinguit inter masculum ex masculo, & masculum ex fœmina, neq; nos distinguere debemus,* Castillo siente lo mismo *tom.*6.*lib.*5.*cap.*131 *num.*18. ibi: *Idque ex propria sui significatione, & naturali sensu; nisi aliunde atque euidenter mens disponentis deducatur, quæ contrarium suadeat, & dicendum: Testator seu disponens masculos simpliciter ad successionem inuitauit, nec distinxit, an essent masculi ex masculis, an ex fœminis, non etiam adiecit qualitatem aliquam restrictiuam, vt puta ex linea masculina, aut masculos masculorum siue masculos agnatos quod adeo facile posset addicere, & exprimere: Ergo omnes, & quoscumque masculos, etiam ex fœminis procedentes vocasse videtur: idque ex rigore verborum, & propria eorum significatione, cum omnes masculi sint.* Y todos los Autores q̃ cita por el discurso de aquel capitulo, como Socino, Rubeo, Albano, Vegio, Raudense, Avendaño, Mandello, Beroio, Menochio, Casanate, y otros son del mismo sentir. Y Peregrino de *fideicommis. artic.*26.*nu.*20. dixo, que era materia llana, ibi: *Illud autem planum est, quod si de masculis ex masculis dictum fuisset, masculi ex fœminis sicuti verba demonstrant, non continerentur,* con Socin. jun. *cons.*9 *num.*1.

88 De donde se infiere, que todos estos Autores, que defienden a los cognados, son de expresso parecer que si el Instituyẽte llama a la sucesion a los descẽdientes *masculos de masculos*, segun el sentido natural, y propriedad de estas palabras, no se comprehenden los masculos de las hembras, si solos los agnados: y la razon es, porque las palabras de qualquiere disposiciõ se deuẽ entender verè, & naturaliter, siue in naturali significatione; nõ autẽ ciuiliter, siue in significatione ciuili, *l fin. vbi cõmuniter DD. C. de hijs qui veniam ætatis impetrarunt*, Calderin. *cons.* 376. *alias* 47. *de testam.* Alexander *cons.* 1. *in princip. lib.* 1. Baldus *cons.* 373. *nu.* 8. *lib.* 1. *&* *cons.* 14. *lib.* 4. Crauetta *cons.* 271. *num* 3. Decian. *cons.* 17. *nu.* 44. Romanus *cons.* 82. Rolandus *cons.* 68. *nu.* 8. *lib* 1. *&* *cons.* 79 *nu.* 15. *lib* 3. *&* *cons.* 100. *num.* 31. *&* *seqq. lib.* 1. y que las palabras del Instituyente se deven reducir a la natural inteligencia, y no a la ficticia, juridica, è interpretativa, ex Ancharrano, & Curtio jun. traddunt Cœphalus *cons.* 82. *num.* 71. *&* *cons.* 111. *num.* 13. *lib.* 1. Simon de Prætis *lib.* 2. *interpr.* 3. *dubit.* 2. *solut.* 1. *num.* 154. *&* *solut.* 2. *num.* 296. Castillo *controuers. tom.* 6. *lib.* 5. *cap.* 131. *nu.* 7. Alexand. Raudensis in Appendic. *post tract. de Analogis* 1. *p. num.* 12. *&* *seqq.* Casanate *cons.* 59. *nu.* 19. y los masculos hijos de las hembras, aunque sus Abuelos maternos ayan sido masculos, no son masculos de masculos, atendiendo a la propriedad, y sentido natural destas palabras: Porque para entender de sus Abuelos, es necessario recurrir al sẽtido juridico, ficticio è interpretativo, y añadir vn *mediate*: Todo lo qual cessa en los masculos hijos de masculos, pues estos solamente, segun la propriedad, y sentido natural destas palabras, sin recurrir a otra inteligencia juridica, è interpretativa, sino solamente a la letra, son masculos de masculos.

89 At-

89 Atqui el Instituyente llama a la sucesion a Don Luis su nieto, y a los hijos masculos de Don Luis, *y a los descendientes de aquel, y de aquellos masculos*, y no como dize la alegacion contraria en el *num. 2. in fin. pag. 5. De aquellos ò de aquellas*, que piamente se puede presumir, que aunque està en letra maiuscula, ha sido yerro de Impressiõn, porque en la escritura original no dize, sino *y sus descendientes de aquel, y de aquellos que suceiràn, y vernàn masclos legitimos, &c.* Y en las demas substituciones de Don Alonso, Don Iuan, Don Pedro, y D. Carlos se ponen en condicion, *su fijo, ò fijos masclos, y descendientes de aquel, ò de aquellos masclos*: Luego no siendo el Excelentissimo Señor Don Iaime Sarmiento masculo de masculo, segun el sentido natural destas palabras, no parece puede suceder en este Mayorazgo, y assi dize bien Aldobrandino *cons. 6. num. 6.* ibi: *Hos masculos ex fœminis, nemine DD discrepante asserere magis intrinsecè, & propria significatione atenta solos descendentes masculos ex masculis contineri idque non procedere ex coniectura-ta mente disponentis, sed quia fieri debet interpretatio in casu magis proprio, & sic ex carta oriri dictam exclusionem.* Y Baldo en la *l. maximium vitium, C. de lib. prœter.* dixo, que aun donde ay Estatuto de estar a la carta, quando se llama a los descendientes masculos de masculos, la propia, y literal inteligencia, y mas conforme a la misma carta, excluye à los masculos, hijos de hembra. Y Raudense *cons. 35. num. 105.* dize, que es mera sutileza, el querer que se comprehendan los descendientes de hembra appellatione descendentium masculorum ex masculis.

§. XXVII.

§. XXVII.

CONJECTURA VIGESIMA SEXTA, del comun deseo, y natural voto de conservar el esplendor de la agnacion.

90 ES el argumento à communiter accidentibus efficacissimo en derecho, *l. certi condictio, § si numos ff si certum petatur, l neque natales, C de probat. l ideoq; ff. de legibus, l. quædam, §. numularios ff. de ædendo, cap. 1. de Clericis non resident.* Franciscus Vivius *decis.* 255. *nu.* 15. *tom.* 2. en todas materias, y en qualesquiere disposiciones, Everardus *in topicis legalibus loco* 56. Brunor à Sole *in locis communibus, verb. Argumentum* 1. Barbosa *loco* 20. Y en Aragon es admitido, ex D. R. Sesse *decis.* 191. *nu.* 23 & pro coniecturanda voluntate disponentis multum valere, dixo la Sacra Rota apud Farinac. *decis.* 75 *part.* 2. *recent.* Y Barbosa *loco* 20. *num.* 7. Simon de Prætis *cons.* 132 *num* 57. *&* *cons.* 133 *num* 9. *&* *cons.* 137. *num.* 11. *lib.* 1. Sfortia *cons.* 20 *num* 6. *lib.* 1. Hyppolit. Riminald. *cons.* 165 *num* 42. *&* *cons.* 168. *num* 25. *&* *cons.* 209. *nu.* 36. *&* *cons.* 217. *num* 23 *vol.* 2. *&* *cons.* 242. *nu.* 147. *&* *cons.* 244. *num* 232. *vol.* 3. Menoch. *de præsumpt. lib.* 6 *præs.* 19. *nu.* 5. De forma, que se arguye bien; suelen desear los fundadores de los Mayorazgos la conservacion de su agnacion, y los acostumbran a hazer agnaticios por conservar el esplendor de su familia: Luego, aunque nuestro caso fuera dudoso (que no lo es, sino de agnacion literal, y clara, como se ha fundado) se deue presumir, que el fundador quiso hazer, y hizo este Mayorazgo agnaticio.

91 Confirma esta conjectura Mantica *lib.* 6. *tit.* 15. *nu.* 1. ibi: *Quilibet autem præsumitur appetere honorem,*

&

*& incrementum dignitatis suæ agnationis, Abbas in cōs. 65.n.3.vers In casu autem lib.2.& omnes quidem etiam ignobiles cupiunt suam agnationem conservari Boer. in decis.204.num 31.Vnde multò magis vir nobilis, & fama & nomine clarus, naturali impulsu, nihil magis desiderās se credendus est, quam suæ familiæ fauere, eamq; propagari, & conseruari, vt eleganter scribit Zasius in cons 2.num.13.*Y mas adelante en el *num.2.Et si testator exclusit fœminas propter masculos videtur respexisse ad fauorem conservandæ agnationis, Curt.jun. in cons.111. nu.11.Et expressio generis masculini facit præsumi mentem testatoris talem esse, vt voluerit bona in agnatione conservari.Idem Curtius in cons.121. num. 16. Paris. in cons.26.num.12.Et infra, & cons.37.num.31.Et infra, & in cons 57.num.9.Et infra, & in cons.87.num.26. Et infra, vol.2.& in cons.5.num.18.Et infra in cons.6. num.9. & in cons.8.nu.9.& in cons.50.num.9 & in cons.53.nu. 30.& in cons.56.num.37.vol.3.Item ex eo, quod testator semper masculos prætulit intelligitur respexisse ad fauorem agnationis, vt plerique tradiderunt quos refert, & sequitur Craueta in cons.113.num.2.& 9.& plures alios refert etiam Dom.Cæphal.in cons.251.nu.49. Nam plus quam manifestum est per masculos agnationē conservari, l.lege, C.de legit.hæred.l.Pronuntiatio in fine de verb. sig.§ cæterum instit.de legit.agnat.succes.*Y Casanate cōs. 20.*num.42.*dize: *Esse consuetudinem omnium nobilium, qui solent prius masculos agnatos vocare, quam fœminas, & cognatos, vt considerant de hac consuetudine nobilium in causa huius Regni Decianus cons. 7. num. 25.& 26.lib.1.& cons.33.num.83.& 84. lib.1. Tiraquel. de nobilit.c.37.n.22.*& multa tradita ab ipso, Casanate *in 1.allegation.Impressa Ducatus Villæ-Formosæ, n.285.291. & 299.*

92 Si

92 Si este natural impulso, y comun voto de conservàr el esplendor de la agnacion se halla igualmente en todos, assi Nobles, como Plebeyos, y con mayor vehemencia en los Nobles; Quanto mas ardientemente desearia el Fundador deste Mayorazgo conservarle, siendo tan esclarecida su Nobleza? Y si con esta circunstancia, y cōjectura, en qualquiere otro que hiziera llamamiēto sencillo de varones, se presumiria auer llamado a sus agnados? En nuestro caso, que no solamente por la Nobleza del Fundador, que es notoria, se deue presumir con mayoria de razon; sino que a mas de aquella se hallan repetidas vezes llamados los descendientes varones, y no los varones, vt cumque, y en terminos sencillos, sino los varones de varones, con otras muchas, y diuersas conjecturas vrgentissimas, y literales de agnacion, parece irrefragable averla contemplado el Instituyente.

§. XXVIII.

CONIECTVRA VIGESIMA SEPTIMA, DE auer llamado el Instituyente quantos agnados tenia al tiempo de esta escritura de Mayorazgo.

93 NO tenia otros, ni mas agnados Don Luis Fernādez de Yxar el primero, quando fundò este Mayorazgo, que sus cinco nietos nombrados, y substituidos en èl: Al menos no consta de processo, que tuviera otros; y assi es verdadero el dezir, que llamò a la sucessiō de estos Estados a todos quantos agnados tenia entōces, y que contemplò toda su agnacion: Si el Instituyente huuiera llamado a vnos, y huuiera dexado otros, como en caso que huuiera substituido a Don Luis Segundo, a Dō

Alon-

Alonſo, a Don Iuan, y a ſus deſcendientes varones, y deſ-
pues ſubſtituyera las hembras, y deſcendientes varones de hembras, dexandoſe a Don Pedro, y a Don Carlos, nietos, y agnados ſuyos, pudieraſe dezir, que no auia cõtemplado toda ſu agnacion, pues ſe auia dexado a otros agnados; pero no ſe hizo aſsi, porque los llamò a todos: De donde ſe infiere, que ſi el Inſtituyente tuviera entonces mas agnados que los nombrados en eſta eſcriptura, no ſolamente es veroſimil q̃ los huuiera llamado nominatim a la ſuceſsion, como llamò a eſtos, ſino que tãbien huuiera ſubſtituido a ſus deſcẽdiẽtes varones de varones, aũque fueran tranſverſales, antes q̃ a las hembras; conoceſe euidentiſsimamẽte, porque deſpues de auer ſubſtituido a ſus cinco nietos, y agnados, y a los deſcendientes de aquellos varones de varones, en falta de todos, viẽdo que no tenia mas agnados; y preuiniendo el caſo, en que los agnados que podia tener faltauan; ſe ſubſtituye aſsi miſmo, alli: *Tornen al dicho Señor Don Luis de Yxar, Señor de Yxar, y Conde de Belchite ſi viuo ſerà, ò en aquel, ò aquellos, en quien èl, por ſu teſtamento, vel aliàs ordenado, y diſpueſto avrà, &c.*

94 De forma, que por ſi faltauã todos aquellos agnados ſuyos naturales ſe reſervò facultad de diſponer *en aquel, ò aquellos que le pareciere*, y fundar otro Mayorazgo agnaticio, encabezãdolo, no en hembras, porque huuiera dicho, *en aquellos, ò aquellas*; y no dixo tal, ni las comprehendiò, Mantica *de coniecturis lib* 6. *tit*.15.*nu*.2. ibi: *Per teſtatores noſtri temporis magis honoratur ſexus maſculinus quam fœmeninus, & idèo cõiectura pro maſculis eſt capienda, vt maſculinum non concipiat fœmeninum, Signor. de Homod. conſ.*172.*num*.4. *& conſ.*173. *n*.3. *& conſ.*181.*nu* 5. *&* 6. *& nu*.8. *&* 9. Menoch. *conſ.* 1099. *num*.20. Fuſar. *de ſubſt quæſt*.311.*num*.12. Barboſ. *appellati-*

tivo 141.*nu*.1.y donde ai Estatuto de estar a la letra, es sin disputa, quod masculinum non concipit fœmeninum. Punctim Mantica *lib*.8.*tit*.7 *num*.1.*vers Secundo*, Anto. Gabriel *conclus* 6 *num* 122. Menoch *præs* 84 *num* 42 *&* *cons* 215.*num* 16. *&* *cons*.752.*num*.14. Rusticis *in l cum Avus, lib*.6.*cap* 10 *num* 19.*de cond & demonst*. Fusar.*d. quæst* 311.*num* 57. Barbos. *Appellatiuo* 99 *n*. 64. y assi parece, que su animo fue buscar todos los medios possibles para la conservacion de su agnacion, siue per naturam, siue per artificium.

95 Prueba excelentemente esta conjectura Casanate, en aquel *cons*.20 tan recibido, y bien admitido en los Tribunales de este Reino, *n* 59. ibi: *Trigesima prima est: Quia testator omnium agnatorum (nullo dempto) nõ autem aliquorum tantum memoriam habuit: Quia vbi omnium agnatorum meminit videtur omnino ad agnationẽ respexisse, sed quando aliquorum tantum agnatorũ meminit constare videtur quod nõ respexit ad agnationem, sed ad personas. Cæphalus cons*. 46, *num*. 48. *lib*.1. *At in nostro casu testator discurrit cum suo elogio ad omnes agnatos Adeoque agnationi voluit prospicere, vt deficientibus agnatis, inserit per artificium nominis, & armorum omnes cognatos in agnatos transformari. Ergo, &c.*

§. XXIX.

CONJECTVRA VIGESIMA OCTAVA, DE aver llamado especialmente a los varones de varones legitimos, no Religiosos, ni en Sacros ordenes constituidos; y no auer llamado generalmente a todos y qualesquiere masculos con diccion vniuersal.

96 LA palabra *masculos*, sencillamẽte proferida es general, y comprehende dos especies de masculos:

Vnos

Vnos son masculos de hembra, otros masculos de masculos: En esta escritura se llaman, no los masculos de las hembras, sino los masculos de masculos, pues dize: *Y los descendientes de aquel, y de aquellos masculos*; y aunque se quiera dezir, que yà son masculos de masculos, mediãte los hijos de las hembras; no ha lugar, porque a mas de ser esta interpretacion, ficcion, impropriedad, è inteligencia ciuil, que no la permite el rigor de la letra, q̃ en Aragon se deue observar; se le opone otro fundamento cierto, y juridico, y es, quod verba potius in specie quam in genere sunt accipienda, *ex l. si in rem*, §.1. *de rei vendicat. & l. hoc legatum ff. de legatis* 3. Bartol. *in l.*1. *col.*1. *lectura* 2. *ff. de vulgari, & pup substit.* Cœphalus *cons.*531. *nu.* 14. *lib.*4. *& cons.*689. *num.*21. *lib.*5. Tiberius Decian. *cons.* 1. *num.*143. *lib.*2. Castillo *controuers. lib.*4. *cap.*39. *n.* 8. Barbosa *in rubrica ff. soluto matrim.* 4. *p. ex num.*46. Achiles Pedrocha *cons.*19. *num.*29. Luego el llamamiento de los masculos de aquel, ò de aquellos, se deue entẽder de aquella especie de masculos que inmediatamente, y siempre han descendido de otros masculos; y consiguientemente de los agnados, pues a esta inteligencia no solamente no resiste la letra, sino que antes bien le asiste en su rigor, y propriedad.

97 A mas, de que en nuestro caso, no se llaman todos los varones con diccion vniuersal, *omnes, & quicumque masculi*, sino con restriccion, y limitacion, a los varones de varones, legitimos, no Religiosos, ni en Sacros Ordenes constituidos: y esta restriccion, vltra de ser literal, es vrgentissima conjectura de agnacion en qualquiere disposicion, ora sea vltima voluntad; ora inter vivos, ex Iasson. *cons.*17. *vol.* 3. Campegio *cons.* 9. 10. & 11. Albanus *cons.*86. & 87. Gurtius jun. *cons.*1. *à num.*1. Socin. jun.

 cons.

cons. 2 *num.* 19. *vol.* 3. Peregrin. *de fideicom art.* 26. *nu.* 10. Tiraquel. *de iure Primogen q.* 13 *num* 6. *circa finem* Iosef de Rusticis *in l cum Avus ff de condit & dem. lib.* 6. *cap.* 16 *num.* 23 *cum seqq* Fusarius *de substitut q.* 404. *nu.* 23. Barbosa *Appellativo* 141. *num.* 3. *in fine.* La razon es, porque la vniuersal loqucion, *omnis & quicũque*, obra, el que se comprehendan aquellos que no les comprehenderia la indefinida loqúciõ *l Iulianus ff de legatis* 3. Cœphal. *cons.* 150. *vol.* 2. Natta *cons* 63 *num.* 13 Roland. *cons.* 2. *vol.* 4. Peregr. *d art.* 26 *num.* 10. Y asi el auer llamado a los descendientes masculos de masculos indefinidamente, y sin diccion alguna vniuersal, es argumento eficaz de que solamente quiso comprehender a los masculos agnados, no a los masculos cognados, nam si id voluisset, vtique expresisset per dictionem vniuersalem, ex texto *in l. vnica*, §. *sin autem*, *C. de caduc tollend. cum vulgatis.*

§. XXX.

CONIECTURA VIGESIMA NONA, DE ser la conservacion de la agnacion mas conforme a la disposicion de derecho con la qual se presume auerse conformado el Instituyente.

98 ES regla certissima en derecho, que qualquiere disposicion se presume auerse hecho conforme a las disposiciones del derecho comun. *ex l si duo, ff. de adq. hæred l hæredes mei*, §. *cum ita ff ad Trebell l. Gallus*, §. *Quidam recte ff. de liberis, & posthum.* Mantica *de coniect lib.* 3 *tit.* 2. *num.* 14. & 15 & *lib.* 6 *tit.* 6. *num.* 1. Præcis *lib.* 1. *interpret.* 1. *dubit.* 4 *solut.* 10. *nu* 1 *fol.* 54. Hondedeus *cons.* 69. *num.* 58. *cum seqq. lib.* 2. Fabius de Anna *cons* 29.

num.

*num.*12 *& conſ.*22.*num.*9. Franciſcus Vivius *deciſ.* 295. *per totam lib* 2. y en la formacion de los Mayorazgos, lo dize Mieres *de maioratu in initio ſecundæ partis*, *ex nu.* 15. *vſque ad num* 19 Rodericus Suarez *Allegat.* 2. *col.* 1. Iulius Clarus *in* §. *Teſtamentum quæſt* 76. *num* 11. Alciatus *de præſumpt regula* 3 *præſ.*32. Y en materias de fideicomiſſos, y ſubſtituciones, es argumento eficaz, Alexander Trentacinq *de ſubſtitut.*1.*p cap.*6.*num.* 5. *&* 11. Menoch. *de præſumpt lib.* 4. *præſ.* 102. *per totam*, Peregrin. *conſ.*44.*num.*7.*lib.*1.*& conſ.*42.*num.*2.*lib.*3 Petrus Surdus *conſ.*116.*num.*10.*lib.*1. Riminald. *conſ.*287.*num.* 3. *& ſeqq. & num.*25.*lib.*3.*& conſ.*541.*num.*57.*&* 58.*lib.*5. Y lo miſmo que procede con la diſpoſicion de derecho, procede tambien con la coſtumbre vniuerſal, cõ la qual ſe preſume conformarſe el que haze la diſpoſicion, Cœphal. *conſ.*96.*num.*13.*& conſ.*146.*nu.*14 *lib.*1. Socin. jun. *conſ.*2.*nu.*25.*lib.*1. Alexander *conſ.*9.*col.*1.*vol.* 7. en donde dize, que la volũtad del teſtador, mejor ſe declara por la coſtumbre que por el Eſtatuto, Roland. *conſ.*18. *nu.*13. *vol.*4. Maſcard. *de probat tom.*3.*concluſ.*1417.*nu.*10.11.*&* 12. Tiberius Decianus *conſ.*31.*num.*144.*vol.*1. que dize ſer eſta la mas comun opinion, Caſtillo *controuerſ.lib.*4.*cap.*35.*num.*18. Prætis *lib.*1.*d.ſolut.*10.*num* 7.

99 Que la contemplacion, y conſervacion de la agnacion ſea conforme al derecho comun, en fideicomiſſos, eſtatutos, mayorazgos, y en otra qualquiere diſpoſicion es certiſsimo: hablãdo de la lei Salica, que es agnaticia: y de otros eſtatutos ſemejantes, lo dixo Guillermo Benedicto *in cap. Rainucius*, *verb. Et vxorem nomine Adelaſiam nu.*35.*fol.*45.*col.* 2. ibi: *Nec ſunt omnino talia ſtatuta contra ius, quinimo ſunt antiquæ prudentiæ cõſona, cum omnia, vt dixi reducant ad illam veterem duo-*

de-

decim Tabularum legem masculos fœminis, & agnatos cognatis præferentem in ratione naturali fundatam, vt patet ex prædictis. Y en vinculos, ò fideicomissos, afirman lo mismo Alexan *conf* 39 *num* 3.*lib*.1. Gozadin. *conf* 89. *num* 12. Curtius jun. *conf*.22.*num*.11.*& conf*.111 *num* 12. Parisius *conf*.35 *num* 38 *& conf* 63 *num* 27 *lib*.2. Craueta *conf*.878 *in fine*, Cœphal. *conf*.137 *nu*.40. Decian. *conf*. 1.*num* 317 *lib* 1 *& conf* 9 *num*.5.*& conf* 34. *num* 45 *lib*. 3. los quales dizen tambien, que por esso es fauorable la conseruacion de la agnacion, por ser conforme a las disposiciones de derecho, Bursatus *conf*.97.*num*.2. *& conf*. 460.*num* 31.*lib*.4. Hondedeus *conf*.63 *num* 101.*lib*.1. Riminald. jun. *conf*.27.*num* 6 *& conf*.279. *nu*. 24. *& conf*. 356.*num* 19.*& conf* 457.*num* 78.*& conf* 464 *num* 8. *& conf*.482.*num* 69.*& conf* 944 *nu*.26.*&* 81. *& conf* 759. *num*.60. Menoch. *conf*.97.*num*.117 *& conf*.204.*num*.60. *& conf* 432.*num* 8.*& conf* 485.*num*.34.*& conf* 610.*nu*. 11 *& conf*.647 *num*.15. Peretus *conf*.118.*num*.46. Bonifacius Rogerius *conf* 41 *num*.6 *lib*.1. Passeta *conf*.92.*nu*. 1. Turretus *conf* 82.*num* 20. en donde dize, ser la mas comun opinion, que es fauorable, y conforme a derecho el fideicomisso agnaticio. Y lo mismo dize Craso *in* § *fideicommissum quæst*.2.*vers Contrariã*, Monaldus *conf*. 149. *num* 71. Eugenius *conf*.62.*num*.34. Marzarius *in epitome fideicommissorum p*.2.*q*.1. *vers Non ommitto*, Mantica *de coniectur lib*.7.*tit*.1.*num* 44. vbi alios refert Prætis *de interpret vlt. volunt. fol*.276 *num*.22. Intrigliol. *de substitution cent* 3.*q*.75 *num*.8. Capicius *decis*.108.*nu*.15. Cæsar Barcis *decis*.5.*num* 36. Fusarius *conf*.37.*n*.20. *& conf*. 72.*n* 18. todos los quales lleuan constantemente por las razones que yâ se han pōderado en el §.1. que el fideicomisso agnaticio, es conforme a drecho, cum publice in-

cer-

ſit dignitatem familiarum,& agnationum conſervari, *l.* 1.§.*penult. de ventre inſpic. quod ſine diuitijs fieri nequit, l.quiſquis, C. ad leg. Iuli. Maieſt.* Suelves cum pluribus *conſ.*74.*num.*13.*in centur.* Valanzuela *con.*95.*num.*77.*&* *conſ.*156.*num*,9.*& conſ.*164.*num* 58. Ramona *conſ* 100. *nu.*98. Caſanate *conſ.*54 *n.*16.*ex For fin.tit de iure dotiũ.*

100 Si bolvemos los ojos a la coſtumbre de toda Eſpaña, y del mundo, la hallaremos excelente interprete de la voluntad del Inſtituyente, mui a fauor nueſtro, pues a mas de lo que ſe ha dicho en el §. antecedente, lo ateſta Alexandro Gilvano *conſ* 40.*num* 21. ibi: *Ciuilis autem vitæ recte inſtituendæ rationem poſtulare, vt ſuæ quiſque familiæ atque agnationis honorem appetat, & incrementum naturali voto curet. proptereaque bona inter maſculos ſemper, non inter fœminas conſervari debeant. cum per maſculos tantum opulentur non autem per fœminas, quæ in extraneas familias, ſeu colonias migrant, agnationis dignitas doctorum omnium vulgatiſsimo teſtimonio conſerbetur, & Deus ipſe Moiſiore præcepit pro vt alias ſupra oſtendimus ex numerorum, cap.*27.*& vlt. & DD. omnes paſsim id ſemper exagerant, quos ſciens omitto præcipue verò,* Mantica *in tract. de coniect. vltimar. voluntat. lib.* 6. *tit.* 15. *num.* 1. *& ſeqq. affirmat vſum eſſe communem teſtatoribus noſtri temporis vt maiorem maſculorum, quam fœminarum rationem habeant.*

§. XXXI.

CONJECTURA TRIGESIMA, DE LA Fundacion, y orden deſta Primogenitura.

101 NAdie ha dudado, que en eſta eſcritura de que vamos tratando, ſe ha fundado vn Mayorazgo

 per-

perpetuo, y vn orden de suceder con derecho de Primogenitura, porque a mas de dezirlo aquella clausula de mayor en mayor, servando orden de primogenitura, con la perpetuidad requisita, y expressada en ella, la misma parte contraria lo supone, y confiessa, pues se incluye cõ dicha escritura, diziendo, que contiene Mayorazgo perpetuo: solamente se litiga la qualidad de este Mayorazgo si es agnaticio, û de simple masculinidad: y entre estas dos qualidades es mucho mas facil de presumir la qualidad agnaticia, que la de la masculinidad sencilla, pues aquella a pocos lãces defiere la sucession a las hembras pues son menos las personas que las excluyen: y aquella les retarda mas la sucessiõ deuida por derecho natural, pues son mas los varones que se les anteponen, vt passim cõsiderant DD. præcipuè Valanzuela *cons.* 166. *num.* 92. Castillo *controuers. tom.* 2. *cap.* 22. *n.* 12. *& tom.* 4. *cap.* 36 *num.* 34. Dominus Reg. Sesse *decis.* 37. *num.* 7.

10 Y es tan facil de presumir, tan fauorable, tan conforme al derecho natural, y a la buena jurisprudencia, y a la costumbre vniuersal de todo el mundo, la qualidad de la agnacion que asseguran muchos DD. que de sola la fundacion del Mayorazgo, y Primogenitura resulta presumpcion, y conjectura de auerse contemplado la agnacion, vt videre est apud Ciriacum *tom.* 1. *controuer. Forens.* 96. *num.* 26. ibi: *Tum quinto, quia ex sola primogenituræ institutione testator dicetur voluisse perpetuo conservare bona in agnatione, Socinus Patruus cons.* 47. *num.* 6. *Parisius cons.* 72. *num.* 81 *&* 85. *volum.* 4. *Molina de Primogenijs lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 13. *& cap.* 18. *n.* 1. *eod. lib.* Son del mismo sentir Raudense *de Analogis lib.* 1. *cap.* 13. *nu.* 13. *& n.* 27. Hieronymus Gabriel *cons.* 132. *quæst.* 4. *num.* 40. *lib.* 1. Natta *cons.* 676. *num.* 42.

Sur-

Surdus *conſ. 96. num. 27. & ſeqq.* Craueta *conſ.* 180. *n.* 1. Simon de Præus *de interpretat. vlti. voluntat. fol.* 290. *nu.* 36. Y no es mucho, quando los Mayorazgos ſon introducidos a fin de conſervar la agnacion, como queda prouado en el § 1. ex Tiraquel *de iure primoge. q.* 72. *n.* 2.

103 Concluyo, Señor, diziendo, que el motiuò de la ſentencia del proceſſo *Ioãnis Gaſcon* ſintiò bien, y es incontraſtable en quanto dixo: *Hæc autem Ludouicus primus, multo ante ſcilicet anno* 1513 *donauerat bona Ludouico Secundo in capitulis matrimonialibus dicti Ludouici ſecundi, cum ampliſsimis vinculis agnationis, ad omnem ſuam, & ſuorum Yxarenſium propagationem amplectendam cum mille clauſulis taliter, quod in hoc nulla dubitatio poſsit moueri*, apud Seſſe *deciſ.* 362. *num.* 93. Con razon, pues, no ay clauſula, periodo, linea, letra, ni ſilaba en toda eſta eſcritura, que no eſtè reververãdo mil rayos de agnaciõ, y faltaria el tiempo, y el papel para põderar, y numerar otras muchas conjecturas que perſuaden lo miſmo; pero en opinion de muchos Doctores, baſta vna ſola en opinion de todos baſtan dos, ò tres, como lo han entendido, y juzgado los mayores Tribunales del Orbe, en cauſas grauiſsimas, cuyos exemplares refiere el mui Iluſtre Señor D. D. Ioſef de Leiza, y Eraſſo, digniſsimo Aſſeſſor del Señor Regente la General Governacion en ſu primera alegacion eſcrita en eſta cauſa en la inſpeccion primera conjectura 7. *circa finem*, al qual me remito, como a la miſma verdad, cerrando el numero, y peſo de todas eſtas conjecturas, con lo que dixo Caſanate, en aquel *conſ.* 20. *nu.* 59. *circa finem*: *Dies quidem, & papirus deficerent ſi quamplures alias coniecturas enarrare vellem prædictæ tamen ad nauſeam vſque (quod cum veſtra bona venia dixerim) videtur ſuffi-*

fi-

ficere quarum licet aliquæ per se sint sufficiẽtissimæ, aliæ verò sint solum probabiles nõnullæ, nimium dubiæ, & disputabiles (non enim omnes pono pro constanti) tamen simul iunctæ rem adeo claram reddunt, vt meritò dubitem ne dicam tot simul cumulatis sed multo paucioribus.

§. XXXII.

DE TODAS LAS CONJECTVRAS en comun.

104 QVando el rigor de la letra de esta escritura no comprehendiera a los agnados, que parece imposible, porque llamando a los descendientes varones de varones llama a los agnados, pues los agnados no son otros, que descendientes varones de varones, nam agnati sunt cognati per virilis sexus, personas cognatione cõiuncti quasi à patre cognati §. 1. *instit. de legit. agnator. successione, l. 5. ff. vnde legitim, l. vltim.* §. 1. *de suis, & legitimis hæredibus.* Y de llamarles con el nombre de agnado al llamarles con el nombre de varones de varones, no parece que ay diferencia alguna, porque aunque en el modo de llamarles la aya, pero en la sustancia del llamamiento no la ay: porque si supongamos yo quiero llamar a la sucession de mi herencia a mis nietos, y digo: *Instituyo herederos a mis hijos, y sucessiuamente a todos mis descendientes.* nadie dudarà, que despues de los hijos sucederã mis nietos, y seria futilidad el dezir, que mis nietos no estàn llamados a la sucession expressamente, porque no se huuiera expressado la palabra *nietos*, pues el llamamiento de mis descendientes, es lo mismo en substancia, que el llamamiento de mis nietos, solamente en

el

el modo de expressarlo, està la diferencia, porque en la substancia tan expressamente estàn llamados los nietos con el nombre de mis *descendiẽtes*, como cõ el nombre de *nietos*: y supongamos tambien, que nuestro instituyẽte huuiera dicho: *Sucedan todos los descendientes masculos de aquellos masculos, sin que intermedie hẽbra alguna en la descendencia de aquel que ha de suceder.* En este caso, tambien podia hazer la parte contraria todos los argumentos que haze para prouar, que no està expressada la agnacion, y tamẽ seria tergiuersaciõ el dezir, que no està expressada la agnacion, porque no se huuiera llamado a los que auian de suceder con la corteza material de la palabra *agnados*: Luego de la misma manera parece que corre el argumento, pues auiendo llamado a los masculos de aquellos masculos, y puestolos en condicion, repitiendo tantas vezes la masculinidad, y no solamente llamandolos masculos, sino llamandolos tambien con la calidad de aquellos de qoien auian de ser descendientes, que eran otros masculos; que es lo mismo en substancia que si huuiera dicho. *sin que intermedie hembra en la descendencia de aquellos que han de suceder*, por estar excluidas las hembras de este llamamiẽto, y de notar aquella diccion *de* la causa inmediata, como està fundado en infinitos Autores con muchissimas decissiones de los mas graues Consejos, y Senados del mũdo, parece tergiuersacion el dezir, que no està expressa, y literalmente contemplada la agnacion.

105 Esta sola consideracion, parece que vnicamente bastaua para fundar, que està contemplada la agnaciõ, sin que fuera necessario recurrir a tantas, y tan literales conjecturas como se han ponderado, pero ad maiorem abundantiam, para que se manifieste mas la justicia que

asiste a mi parte he cumulado las conjecturas q̃ me han ofrecido los DD. que tratan de esta materia, y las que me ha permitido el tiempo: Las quales son bastantissimas para descubrir la mente, y voluntad del instituyente, que como Reyna de esta disposicion ha de predominar, y tener el primer lugar, *l. ex facto, §. rerum, ff. de heredib. instituendis, l. fideicommissa, §. item si quis, ff. de legat.* 3. *l. in cõditionib. primum locum, ff. de conditionib. & demonstrat. l. quoniẽ indignũ, C. de testamentis, l.* 3. *C. de liber. præteritis*, cũ alijs adductis à Castillo *controuers. lib.* 4. *cap.* 8. *à n.* 1. nam intentio non verbis, sed verba intentioni deseruire debent, *cap. humanæ aures* 32. *quæst.* 5 *cap. in his de verbor. significat.* y se ha de preferir la intencion a las palabras, como se deve preferir el alma al cuerpo, *cap. sedul.* 38. *distinct.* quia verba se habent, vt corpus, & superficies, & mens se habet vt spiritus, & anima, Rolandus à Valle, *cons.* 70. *num.* 55. & 56. & 60. *lib.* 3. Hipolitus Riminaldus, *cons.* 21. *num.* 23. & *sequentib. lib.* 1. *Nam mens est radix verborum, & eius substantia prima, & cor est Imperator linguæ, & habet eam sicut mancipatum sub iurisdictione sua*, Baldus *in cap. mandatum de rescriptis*, Curtius junior *cons.* 21. *num.* 12. Tiberius Decianus *cons.* 1. *num.* 3. *lib.* 1. & *cons.* 44. *num.* 1. & *cons.* 34. *num.* 20. *lib.* 3. *Et subiugo mentis verba consistunt, tanquam sub suo proprio originali, & digniori*, Castillo *dicto lib.* 4. *cap.* 7. *à num.* 5. & *sequentib. & textus in cap. Marcion.* 64 1. *quæst.* 1. ibi: *Nec putemus in verbis scripturarũ esse Euãgelium, sed in sensu, non in superficie, sed in medula, non in sermonum folijs, sed in radice rationis.* En los contractos es lo mismo, Mantica *de tacit. & ambigui. conuent. lib.* 2. *tit.* 3. *num.* 2. *vsque ad num.* 14. Y prevalece la mente de los contrayentes à sus palabras, Tiber. Decian. *cons.*

7. *num.* 5. *lib.* 1. Hondedeus *conſ.* 21. *num.* 87. *lib.* 1. Y en Aragon, y donde ay eſtatuto de eſtar a la carta, ſe deve atender antes la voluntad, y mente del que diſpone, que ſus palabras, dizelo con Barbacia, Menochio, Baldo, y otros, Portoles ad Molin. *verb. Forus num.* 63.

106 Quando la letra no eſtuviera clara en favor de los agnados (quod abſit) ſino que fuera dudoſa, y huvieramos de recurrir a conocer, y ſaber la intencion del inſtituyente, eſta no ſe puede deſcubrir por otro medio q̃ por conjecturas literales, juridicas, y calificadas, como ſon las que aqui concurren, y ſe han ponderado, porque como dize Caſtillo *controverſ. lib.* 4. *cap.* 17. *num.* 35. *Expreſſum illud eſſe dicitur, quod ex cõiecturis, & præſumptionibus colligitur, ſive dicamus eſſe præſumptionẽ iuris, & de iure, ſive ſolam iuris, ſive ſolam hominis prout Iacobus Menochius exacte explicavit, atque iure; & Authoritate comprobavit, & ampliavit etiam multis modis, lib.* 1. *præſumpt.* 45. *ex num.* 1. *vſque ad num.* 15. ex *l. certum, ff. de reb. credit. l. nominatim, ff. de cõdit. & dem.* Authentica *de heredibus, & falcidia,* §. *ſi vero expreſsim cap. cum olim in fine, de cenſibus*, Ceſar Barcis *deciſ.* 121. *num.* 8. Raudenſis *de Analogis lib.* 1. *cap.* 34. *num.* 158. cum alijs quam plurimis relatis à Caſtillo *de vſufructu cap.* 1. *num.* 49. Caſanate *conſ.* 60. *num.* 5. Y aſsi vale el argumento de lo tacito a lo expreſſo, quando lo tacito ſe colige de congecturas graves, y concluyentes, aprobadas por los Doctores, y fundadas en buena Iuriſprudencia, como ſon las que ſe han ponderado, Aldobrand. *conſ.* 3. *num.* 27. Gracianus *lib.* 2. *diſceptat. Forenſium cap.* 306. *num.* 20. *vſque ad num.* 41. Euerard. *in loco de expreſſo ad Tacitum num.* 17. *fol.* 210. Pedrocha *conſ.* 38. *num.* 158. Menoch. *conſ.* 10. *num.* 41. *lib.* 2. & *conſ.* 108.

num.

num. 54. *& conſ.* 183. *num.* 8. *&* 30. *& conſ.* 461. *num.* 15. Caſtillo *d.lib.* 4. *cap.* 17. *num.* 39. 40. *& ſequentib.* Barboſſa *axiomate* 218. *à num.* 1.

107 Quantas congecturas ſean neceſſarias para inferir la voluntad del teſtador, ò contrayente, diſputan los Doctores, y en opinion muy valida de muchos, baſta vna ſola, vt videre eſt apud Portium, *conſ.* 40. *num.* 22. *& ſeqq.* Craveta *conſ.* 62. Corneus *conſ.* 97. *num.* 3. *vol.* 1. *& conſ.* 146. *num.* 19. *in fine, vol.* 2. Tobias Nonius *conſ.* 31. *num.* 13. *& conſ.* 32. *num.* 19. Ioannes Çephalus *conſ.* 476. *num.* 17. *& ſequentib. & conſ.* 517. *num.* 66. *lib.* 4. Petra *de fideicommiſſis quæſt.* 9. que tratan la materia en terminos de inducir fideicommiſſo, que es mucho mas que ſuponerle ya formado, y preſumirlo agnaticio: Y aſsi para preſumirle agnaticio baſta vna ſola congectura, Ciriaco *controverſ.* 302. *num.* 42. *lib.* 2. ibi: *Inter alias autem multas congecturas illa eſt neceſſaria, & ob id etiam ſola ſufficit iuxta textus allegatos ſupra num.* 14. *quod teſtator inſtituendo maſculos, &c.* cuyo lugar ſe ha expendido *ſupra num.* 32. §. 5. *Congectura* 4. de la excluſion de illegitimidad; y ſola la Congectura de la reiterada, y requiſita maſculinidad han dicho, y llevado conſtantemente, que baſtava para conocer que eſtà contemplada la agnacion, Decio, Socino, Pariſio, y otros, quos refert Raudenſ. *reſponſo* 35. *num.* 81. *&* 82. *lib.* 1. Albanus *conſ.* 51. *num.* 8. Aldroband. *conſ.* 6. *num.* 43. *lib.* 1. Riminaldo *conſ.* 117. *num.* 17. *lib.* 2. *& conſ.* 738. *num.* 20. *lib.* 7. Y otros infinitos que cita, y ſigue Albarado, *de conjectur. mente defuncti lib.* 2. *cap.* 3. § 4. *num.* 6. *&* 7. *per totum.* Craſus *receptar. ſententiar.* §. *fideicomiſſum, quæſt.* 12. *num.* 2. *& quæſt.* 35. *nu.* 2. Peregrin. *de fideicommiſ. art.* 25. *num.* 11. Pedrocha *conſ.* 22. *num.* 4. Menoch.

noch.*conſ.* 95. *à num.* 51. *vſque ad num.* 65. *lib.* 1. Præ-tis *lib.* 3. *interpr.* 3. *ſolut.* 11. *num.* 5. 6. 7. *&* 65. y otros infinitos, quos longum eſſet recenſere.

108 Pues què dirèmos en el caſo preſente? en que no ſolamente vna, ò dos conjecturas, ſino quãtas ſe pueden imaginar, y todas las que notan los DD. por neceſſarias, preciſſas, y concluyentes, y vrgentiſsimas, para conocer que eſtâ contemplada la agnacion, juntas cõcurren en eſta eſcritura, y non vt cumque leves, y ligeras, ſino graves, y fuertes, como aquella del gravamen impueſto a los deſcendientes maſculos de las hembras de llevar nombre, y armas, de la qual dixo Ramona, con Beccio, Ripa, Mantica, y otros, *conſ.* 15. *num.* 21. *Eſtque fortis, ac valida, hæc coniectura, &c.* Y la conjectura de la digreſsion a muchos grados, y ſubſtituciones de maſculos; de la qual dixo Caſtillo, con Socino, Pariſio, Riminaldo, Raudenſe, Surdo, y otros infinitos, que de verdad era indubitable, *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 82. *Idque indubitabile quidem erit, &c.* y otras muchas, y las mas que ſe han ponderado ſon deſta calidad: *Vere itaque negari non poteſt* (dize Caſtillo *lib.* 4. *controverſ. cap.* 18. *nu.* 17.) *quin aliquãdo vna ſola coniectura maximi futura ſit effectus, & mom͞eti, ac deveat in conſideratione haberi, ſi eiuſmodi ſit, vt in propoſito, & in caſu occurrenti neceſſaria, aut concludens, aut multum probabilis videatur*, ex Crauetta, Iulio Claro, Petra, & alijs.

109 Pero quando todas fueran leues, ligeras, y de poca conſideracion, miradas cada vna de por ſi, todas juntas fueran baſtãtes para declarar, lo que cada vna de por ſi, no pudiera: dixolo el Maeſtro de los Mayorazgos Luis de Molin. de *Hiſpan. primoge. lib.* 1. *c.* 5. *n.* 42. ibi: *Quod ſi aliqua coniectura in diſpoſitione inueniatur, quæ iudi-*

canti non satisfaciat, respiciendum erit, vtrum simul cũ ea alia etiam concurrat, solent etiam plures coniecturæ simul iunctæ id efficere, quod vna per se sumpta efficere nõ potest, l. 2. §. 1. de excusat tutor. l. instrumenta, vbi Glos. C. de probationib. Ripa in l. Centurio. num. 165. *ff. de vulgari, Alex. cons.* 64. *lib.* 5. *Gratus cons.* 32. *nu.* 23 *lib.* 2. *Iulius Clarus lib.* 3. *sententiar.* §. *testamentum, quæst.* 79. sintieron lo mismo., afirmando ser dos, ò tres conjecturas poderosas para obrar lo que por si cada vna como fragil, y leue, no pudiera, Marzarius *de fideicommissis p.* 2. *q.* 20. Raudensis *decis.* 27. *num.* 253. Riminaldus *cons.* 1. *num.* 21. 22. *&* 23. *lib.* 1. Menoch. *cons.* 284. *n.* 43. Surdus *cons.* 245. *num.* 31. *& cons.* 329. *nu.* 20. Anton. Monachus *decis.* 55. *num.* 33. Antonin. *variarum resolut. lib.* 2. *resolut.* 55. *num.* 16. *& lib.* 3. *resolut.* 7. *num.* 13. Rota *decis.* 774. *num.* 7. *p.* 2. *recent.* alij relati à Barbosa *axiomate* 209. *num.* 1.

110 Y esto procede tambien, donde ay Estatuto de estar a la carta, Additionatores ad Molin. *d. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 42. ibi: *Adeò, vt locum habeat hæc sententia, etiam si statutum dicet, quod standum sit chartis, nam adhuc sufficit ex coniecturis percipi mentem disponentis eam fuisse, vt institueret maioratum Sesse decis.* 65. *num.* 28. *cum seqq. D. Antonius de la Cueva in quadam allegatione iuris pro Baronia de Ribera art.* 20. *nu.* 68. *&* 87. *& ita praxis obseruat.* Aqui concurren tantas, tan graues, y concluyentes conjecturas de agnacion, que, ò se ha de dezir, que no son conjecturas, las que se han ponderado (quod nefas esset, & in offensam litteræ, & chartæ, cõtra tot Doctorum, & Senatuum Authoritates:) ò si son conjecturas literales, que està expressamente contemplada la agnacion, ex tradditis à Casanate *cons.* 60. *num.* 8.
cum

cum seqq. Vbi quod inter tacitum, quod includitur de natura expressi, & inter expressum nulla est in puncto iuris differentia, con Baldo, Ancharrano, Decio, Tiraquello, y otros: que es lo mismo, que si dixera que entre los *agnados*, y entre los *masculos de masculos*, no ai in pūcto iuris diferencia alguna, y assi tāto importa llamarlos de vna manera, como de otra.

111 En la causa de Don Martin Cabrero, se juzgò en la Real Audiēcia por conjecturas literales, como las que aqui se pōderan, y en terminos mas fuertes, pues se trata và de inducir fideicomisso; y aqui se supone yà formado, y se cōjectura menos. Dize el motivo post *cons.* 20. *Ludovici Casanate: Ad quod ita sentiendum, & iudicandum plurime, & vrgentissime coniecturæ suadent, nō ex cerebro somniātis, sed ex verbis, & litera testamenti desumptæ qua supposita manifestissima testatoris voluntate (de qua nullus dubitare potest) ex claris, & appertis verbis testatoris (ne contra chartam certare, aut extra eam vagari videamur) comprehēdere, & colligere licet, sumpto etiam argumento à maioritate, paritate, aut idēptitate rationis, aut absurdo vitando, quæ argumenta Fori, & Observantiæ istius Regni, & illorum prisci, & moderni interpretes minime respuunt; & subsellia, & suprema Tribunalia huius Regni (ommito extera Parlamenta, Rotas, Senatus, Suprema Consilia) ex eis, & ex coniecturis litteræ amicis, & ab ea non admodum dissidentibus, ex vi comprehensiva, declarativa, & ex collatione partium, & clausularum scripturæ inter se, & mutua interpretatione, quæ omnium optima est, vltima, & media prioribus copulando (quod frequentissimū est in iure nostro) in gravissimis, & arduis causis, & huic nostræ affinibus non semel iudicarunt.*

112 En

112 En el teſtamento de Fernando Lopez de Heredia, no ſe leìa palabra de agnacion, ni aun de Mayorazgo, ò fideicomiſſo abſoluto, gradual, ò ſucceſsiuo, y no obſtante eſſo, por concurrir algunas leviſsimas conjecturas, juzgò la Real Audiencia *in proceſſu euocationis perhorreſcentiæ Michaelis Torrellas ſuper Apprehenſione*, de la Varonia de Santa Croche a 23. de Agoſto. de 1582. que la intencion del teſtador, fue inſtituir vn Mayorazgo perpetuo en las perſonas llamadas, para que por todos los modos poſsibles ſe conſervara ſu agnacion; cuyo motivo, deſpues de aver ponderado algunas conjecturas, concordi dominorum voto, dize: *Quibus omnibus perpenſis, dilucidè comprobatur, mentem, intẽtionem, ac vltimum finem præfati Ferdinandi Lopez de Heredia teſtatoris in huiuſmodi diſpoſitione fuiſſe inſtituendi maioratum perpetuum in capitibus, generationibus, & perſonis in ſuo teſtamento gradualiter, & ſucceſsiue vocatis, & in omnibus eorum generationibus, & deſcendentibus, vſque ad finem ſæculi, vt quantum fieri poſſet omnibus modis eius immarceſsibilis conſervaretur agnatio, cum onere delationis nominis, & armorum, repetendo hanc nominis, & armorum aſſumptionem in omnibus capitulis, & clauſulis omnium ſucceſſorum, & gradualiter vocatorum; ac ſimul alia plurima concurrunt, vltra prælibata, & alia perſonarum, & rerum, de quibus agitur, qualitatem concernentia, quæ etiam in dubijs primogenium haud dubiè inducerent.* En la eleccion de firma ſe pronunciò lo miſmo en eſta Corte, ſobre la miſma cauſa a 28. de Setiembre de 1589.

113 Y ay diferencia de inducirſe fideicomiſſo por conjecturas, a ſuponerſe ya formado, y preſumirſe agnaticio, que ay entre el curſo de los rios al mar, ò a las cum

bres

bres de los montes, pues para esto es necessario todo vn artificio de Iuanelo; y para despeñarse las cristalinas corrientes de la sucesion àzia los agnados, no es necessario artificio alguno, antes con mucha facilidad, y leues conjecturas se puede guiar al centro, y fin de la agnaciõ: Mànifiestase a buenas luzes esta razon de diferencia, porque los bienes, segun derecho, se presumen libres, y no sugetos a vinculo, ni fideicomisso alguno, *ex cap. Nimis de iure iurando*, Mascard. *conclus.* 774. *nu.* 2. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 67. *num.* 20. Prætis *de interpreta. vlti. volunt. fol.* 275. *num.* 8. Peregrin. *de fideicom. art.* 1. *n.* 26. *& art.* 11. *nu.* 37. Fusar. *de substit. quæst.* 291. *à num.* 1. *& quæst.* 615. *à num.* 1. *&* 2. Castillo *controuers. lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 3. cum innumeris. Y assi el que trata de inducirle por conjecturas, sube el agua mui cuesta arriba, y contra la presumpcion de derecho, y ha de trabajar mucho para prouarlo clara, y distinctamente, *l. Titia*, §. *Caius*, *& l. Lucius de legatis* 2. Petrus Surdus *decis.* 238. *n.* 4. *&* 15. *& cons.* 236. *nu.* 8. *lib.* 2. Craueta *cons.* 161. Decius *cons.* 63. Marzarius *in epitome fideicom. q.* 1. Petra *de fideicom. q.* 9 *n.* 32. *&* 34. & est triuiale principiũ apud omnes receptum, ex Peregrino, Fusario, Castillo, & alijs supra relatis. Y de ai nace, que en caso dudoso, quando no ay congecturas que lo persuadan eficazmente, se deve juzgar contra el vinculo, y en favor de la libertad, Biminald. *cons.* 651. *num.* 1. *&* 16. *lib.* 6. *& cons.* 738. *ex num.* 7. *cum seqq. lib.* 7. Achiles Pedrocha *cons.* 16. *num.* 142. *& cons.* 19. *num.* 77. *lib.* 1. Castillo *lib.* 4. *controuers. cap.* 34. *num.* 6. Fuluius Pacianus *cons.* 9. *num.* 46. *& cons.* 17. *num.* 37. *lib.* 1. Fusar. *de substit. quæst.* 615. *num.* 5. Casanate *cons.* 4. *num.* 8. *&* 9. Viuius *decis.* 236. *lib.* 2. Cesar Barzis *decis. Bononien.* 121. *num.*

54. *& seqq.* Adrianus Gilmanus *rerum judicatarum Germaniæ decis.* 6. *num.* 11.

114 Pero quando se supone ya el vinculo in esse producto, y no ay, ni puede aver duda alguna de su formacion, como en el caso presente: Si solamente se duda de su calidad, y si es agnaticio, ò de sencilla masculinidad, no encuentra con el escollo de la resistencia de derecho, que alias se le opusiera a su formacion, è induccion: sino que antes bien corre facilmẽte la succesion a los agnados con el impetu natural de la voluntad del vinculante, y de la asistencia de derecho, de lo literal de las palabras, de la calidad del instituyente, de la circunstancia de los bienes, de la repetida masculinidad, del grauamen de nõbre, y armas, de la exclusion de Religiosos, è illegitimos, del discretivo llamamiento de los descendientes varones de las hembras, del abuso que se seguiria de no estâr contẽplada la agnacion, de la calidad de los llamados a la sucesion, de la maioria de razon que milita en los varones agnados, de la prohibicion de la caducidad, de las condiciones del segundo llamamiento, de ser vna misma la causa de excluyr a las hembras que a sus hijos, de la necessidad que le forzò al instituyente a substituyr a las hembras, de la digression a muchos grados de Varones de Varones, de la prohibicion de agenar en otros, que en Varones, de la verosimil mente del instituyente, del comun desseò, y natural voto de conservar el Esplendor de la Agnacion, de auer llamado a todos los agnados, de la fundacion, y orden de la primogenitura, de lo mucho que la antigua, media, y moderna Iurisprudencia ha favorecido la agnacion; y vltimamente de tantas clausulas, y de letra tan manifiesta, que ya parece ociosso el pondecarla. *Item regula prædicta* (dize Fontanella *decis.* 93. *num.*

num. 14.) *ſtandum eſſe potius menti quam verbis, licet non habeat locum cum agitur de fideicommiſſo inducendo, & formando; ſecus eſt quando de fideicommiſſo iam inducto declarando tractatur Raudenſ.de Analogis cap.* 15. *num.* 335. *Sforcia Odd.conſ.* 45. *num.* 26 *& Caſanate conſ.* 4. *num.* 36. Pues ſi el inducir vn vinculo perpetuo, ò mayorazgo, es tan dificultoſo, por lo que el derecho le reſiſte; y la preſumpcion que tiene contra ſi; y no obſtante eſſo ſe puede inducir por congecturas, ſegun las doctrinas, y Doctores alegados en eſte §. y eſtà aſsi admitido en todos los Tribunales de Europa. Quanto mejor, y con quanta mayor facilidad ſe inducirà la calidad de agnaticio, por congecturas, no reſiſtiendoles, ſino antes bien aſiſtiendoles el derecho divino, natural, y poſsitivo? Parece indubitable; porque ſi vencen lo mas dificultoſo, mejor han de vencer lo mas facil.

115 Que la contemplacion, y conſervacion de la agnacion, ſe deſcubra, y manifieſte por congecturas vrgentes, y literales, como las que aqui ſe hallan, caſi todos los DD. lo afirman, Ciriaco *controu.* 96. *num.* 19. *lib.* 1. dize: *Ex qua vocationi maſculorum dicitur contemplaſſe conſeruationem agnationis, Decius conſ.* 74. *num.* 5. *Pariſius conſ.* 6. *num.* 9. *vol.* 3. *Surdus conſ.* 95. *num.* 32. *& conſ.* 316. *num.* 9. *Ruſticis ad l. cum abus lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 14. *cum ſequentib. & num.* 17. *Mantica de coniectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 14. *nu.* 14. *vbi ſubdit quod & ſi hæc coniectura ſola non videatur ſufficere, cum alijs tamen iuncta præuet vrgens argumentum huius conſervationis, Peregrinus de fideicommiſsis artic.* 25. *ſub num.* 26. *in princ. vbi ex Molina inquit, hoc non habere difficultatem.* Dà la razon Caſtillo *lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 17. Y es; Porque la voluntad del inſtituyente en primer lugar, y an-

y ante todas cosas se deve atender: y esta se manifiesta por congecturas, *l.penult.ff.de legat.* 1. *l hæredes mei,* §. *cum ita,ff.ad Trebell.l.cum pater,* §. *donationis,ff.de legatis* 2. & est triuiale, & indubitati iuris principium, ex pluribus cumulatis à Tiberio Deciano *conf.*127 *num.*8.*lib.*3. Peregrin. *de fideicom. artic.* 11. *per totum.* Mantica *de coniect. lib.* 3. *tit.* 3. Y asi la voluntad congecturada, se ha de preferir a las palabras, *Casanate conf.* 10. *num.* 42. *& conf.* 47. *num.* 27. *& sequentib. & conf.* 57. *num.* 21. con Deciano, Peregrino, Mantica, Prætis, Albarado, y otros infinitos.

116 De donde infiere Castillo a nuestro proposito *d.lib.*3. *cap.* 29. *num.* 19. ibi: *Idcirco in eodem articulo vtrum masculi ex fœminis comprehendantur appellatione descendentium masculorum in fideicommissis, & vltimis voluntatibus, vel non comprehendantur, aut comprehensi non præsumantur, voluntatem disponentis, & descendentes masculos. Verbum addicientis præ oculis habendam, & potissimum spectandam, etiam si conjecturata, & præsumpta sit, modo ex probatis, & legitimis coniecturis deducatur: ex ipsa namque, & cassuum occurrentium qualitatibus, & circunstantijs diversis, ex conjecturis etiam occurrentibus, iuridiceque deductis sæpissime opinioni primæ locus erit, vt masculi ex fœminis nequaquam admitantur, imo exclusi censeantur omnino prout coniecturæ, & præsumptiones vrgentes suadeant, prout etiam ex affectione, & dilectione testatoris eiusdem circa alios vocatos, & ratione exclusionis alicuius dignosci poterit.*

117 Y es en tanto grado verdad, que en esta materia se deve recurrir a las congecturas, para conocer la voluntad del instituyente, que aun los autores que han llevado

que

que appellatione deſcendentium maſculorum, no ſolamente ſe comprehendian los Varones de Varones, ſino tambien los Varones hijos de las hembras, lo han entendido eſto concurriendo legitimas, y vrgentes congecturas, que lo perſuadan, pues no baſta el negar que eſta cõtemplada la agnacion, ſino que es neceſſario que el que dize que no eſtà contemplada, lo pruevе con congecturas concluyentes, y vrgentiſsimas, de tal manera, que no le baſta el negarlo: tienelo eſto por indubitable Caſtillo *dicto lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 24. *in fine cum ſequentib.* ibi: *Inde que cum non ſufficiat dicere agnationem conſeruatam non fuiſſe (quod negari non poteſt) ad coniecturas legitimas, & præſumptam voluntatem decurrere quidem neceſſarium omnino erit, iuxta ea quæ ſuperius remanent ſcripta, num.* 10. *Quod & vltra auctores relatos ibidem agnovit aperte in hac eadem materia Antonius Faber de erroribus pragmat. to.* 2. *deca.* 28. *errore* 8. *His namque pro maſculis ex fæminis, licet vrgenter ſcripſerit, & maſculos ex fæminis admitti in ea vocatione contenderit, ex coniecturis tamen, & præſumpta voluntate in contrarium, aliter ſtatuit, & ab ea ſententia recedit, & maſculos ex fæminis excludi ob contrarias coniecturas tuetur ibi col.* 5. *ad finem, fol.* 145. *Vt negari non poſsit, materiam eandem coniecturalem eſſe, & præſumptam, ac diverſimode pro caſuum ocurrentium circunſtantijs, & coniecturis diverſis definiendam, vt monui ſæpiſsime.*

118 Ramona *conſ.* 15. *num.* 33. dize: *Nec differt an tacita vel expreſſa ſit ratio agnationis; quomodocumque enim fideicommiſſum factum in favorem filiorum tranſit in omnes deſcendentes, vt recte advertit Surdus conſ.* 241. *qui licet loquatur in caſu cuiuſdam maioratus in quo filij tantum erant vocati dicens verbum filiorũ in-*

teligi de omnibus descendẽtibus ordine successivo de vno in alterum, iddem tamen affirmat, & si tacita sit conservandæ agnationis ratio, & ex coniecturis ellicita, ex Baldo, Socino, Craveta, & Rolando, quia in fideicommissis domina est voluntas testatoris, l. cum virum, C. de fideicommissis, l. cum quæstio. C. de legatis subdens quando nõ nisi vna ratio valet assignari habendam esse pro expressa, l. quamuis, C. de fideicommissis, ibique infinitas accumulat authoritates, quod iddem firmaverat, cons. 96. nu. 14. Secundum quod ait in Senatu Pedemontano decissum, vt per eum d. cons. 241. num. 38. Parisius cons. 57. n. 10. vol. 2. ample Sotomayor quotidian. controv. iur. lib. 2. c. 4. num. 49. & in præcissis terminis Riminald. jun. cons. 23. num. 93. & idem Surdus cons. 443. num. 7. & num. 20. vers. Tertio dico, & subdit, quod de ratione expressa dictum est, in tacita etiam, ac subintellecta, & ex testamẽto per coniecturas ellicita, procedere. Iddem Surdus decis. 125. num. 6. Fabius de Ana cons. 10. num. 30. vsque ad num. 37. iddem sentiens in ratione conservandi agnationem ex coniecturis ellicita, Simon de Pratis de interpret. vlt. volunt. lib. 3. sol. 11. num. 5. & 6. fol. 149. Thesaurus dec. s. 248. num. 8. vbi quod collecta coniecturis volũtas testatoris, etiam adversus propriam verborum significationem attenditur, & in his terminis consuluit Collegium Patauinum, apud Peregrin. cons. 38. lib. 1.

119 Si quando el instituyente de este Mayorazgo le fundò, no tuviera los nietos, y agnados, en quien dispuso, y huviera hecho su disposicion, llamando a sus cognados, ò a otros estraños, pudierase dezir que era necessaria la clara, y especifica razon de conservar la agnacion; porque no es tan facil de presumir la conservacion de la agnacion estraña, como de la propria: Pero disponiendo

en

en agnados, y nietos suyos, y llamando a los descendientes Varones de Varones de estos, con otras mil circunstancias que conuencen la exclusion de los descendientes varones de hembra, parece indubitable q̃ fue su volũtad el contẽplar, y conservar la agnacion: Esta diferencie notò Castillo, Sotomayor *tom.* 6 *controuers. cap.* 133. *num.* 19. ibi: *Est tamen in hoc magna differentia; nam quando masculorum agnatorum gratia disponitur, masculique ipsi agnati ad successionem inuitantur, agnationis ratio, & consideratio, non modo inducitur si ea expressa fuerit, atque ita in expressis locum obtinet; sed etiam ex coniecturis deduci potest, modo illæ euidentes, & velut manifeste fuerint, sicque ex tacito etiam, & coniecturali, & præsumpto deduci potest, modo id euidens sit, in quo Ludouic. Molina lib. 3. cap. 4. & 5. Mieres 2. p. quæst. 6. & cæteri de quibus ego metipse longa serie mentionem feci in Cõmentarijs lib. 2. cap. 4. & lib. 3. cap. 29. Cæterum quando cognatorum gratia, & fauore, aut etiam extraneorum maioratus instituitur, & masculi cognati vocantur, ad hoc, vt inter descendentes eorum agnatio conseruari valeat, illaque artificiosa, & ficta inducatur, masculique soli ex masculis admitantur non sufficiunt coniecturæ, & præsumptiones, sed expressa, atque especifica voluntas necessario requiritur, vt masculi ex fœminis excludantur; tum quia in dubio præsumendum non est, quod testator, institutorue maioratus, qui agnatos non habuit, alienam agnationem conseruare studuerit.* Cita a Curtio, Alexandro, Parisio, Peregrino, y otros.

120 Fontanella *decis.* 93. *num.* 4. dize: *Et in terminis ne procedamus solum per regulas generales, quod ista ratio, quia voluit quod bona conseruarentur in agnatione, habeatur pro expressa, & sub intelligatur in dispositione,*

ne, cum alia asignari non valet probant pluribus Molina de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 5. num. 5. Aluarado de coniectur. mente defuncti lib. 2. cap. 3. §. 4 num. 5. Sotomayor controuers. iur. lib. 2. cap. 4. num. 89. Nec est necessarium, quod ratio huiusmodi sit expressa, tantum enim operatur tacita, quantum expressa, ex Surdo, Fabio de Anna, Pratis, Raudense, Mantica, & alijs infinitis quos ipsi adducunt. Y en el *num.* 6. prosigue. *Quæ maxime procedere videtur in casu de quo tractamus in quo ratio que allegatur, est ratio naturalis, quo casu dicitur aparere de mente, seu ratione finali, ac si esset expressa in dispositione, vt Mieres noster docet in Constit. Ittem statuimus, in Curia Gerunde Regis Jacobi 2. cap. 10. num. 6. fol. 99 par. 1. vbi glossa, Bald. & communiter Doctores allegat in l. Non dubium, C. de legibus, & est semper ratio naturalis multum priuilegiata, potest enim pro lege allegari, imo scribendum est in becillitati intellectus querere legem vbi habemus rationem naturalem, vt dicunt Doctores, quos ego abunde retuli in 2. tom. de pact. nupt. claus. 11. glos. vni. à nu.* 19. Consiste la razon natural en nuestro caso, en que si no estuviera contemplada la agnacion seria vana, y superflua tanta disposicion, y llamamiento de los Masculos de Masculos, y el separar las substituciones de los Varones de Varones, de las substituciones de los Varones de las Hembras, pues si por razon de la pura masculinidad se fundara este Mayorazgo; y no por razon de la agnacion, con vna palabra se huviera librado el instituyente del cuidado grande que tuvo en llamar a los descendientes masculos de masculos, y en falta de todos a los descendientes masculos de las hembras, substituyendo generalmente *a todos, y qualesquiere descendientes masculos.* Sin coartar la disposicion a que fueran descen-

cendientes de otros masculos, ni hazer el llamamiento aparte de los descendientes masculos de las hembras, como lo hizo: Luego el auer hecho la disposicion con tanta prevencion, y discrecion, no puede tener otra razon natural que auer contemplado, y desseado conservar su agnacion.

121 Perez de Lara, *de vita hominis cap.* 30. *num.* 90. reconoció las congecturas en esta materia, por fuerte prueva de la voluntad, y mente del instituyente, ibi: *Et si maioratus probatur ex conjecturis modo sint concludentes, vel legis authoritate munite, Peregrin. de fideicom. art.* 11. *num.* 43. *&* 44. *& dixi lib.* 1. *de aniuersarijs cap.* 4. *num.* 4. *multo magis probabitur qualitas in maioratu desiderata, vt agnationis, & fortior est coniectura quæ sumitur ex dispositione hominis quam ex lege.* Y en el *nu.* 92. funda, *quod evidenter constat, de quo militant coniecturæ, etiam in agnatione,* cõ Molina *lib.* 1. *de Primogen. cap.* 17. *num.* 15. Y Larrea, gran defensor de los cognados, en aquella *decis.* 34. no excluye la contemplacion de la agnacion por conjecturas, sino que antes bien las tiene por norte fijo en esta materia, y assi dize *num.* 24. *Vnde cũ generaliter liberos masculos substituerit in quæstione, an masculi ex fœminis admittendi? vsurpanda sunt verba I. C. in l. ex facto, § si quis rogatus, ff. ad S. C. Trebell. ibi, Voluntatis quæstio videbitur esse, de qualibus liberis testator senserit, sed hoc ex dignitate, & ex volũtate, & ex conditione eius, qui fideicommissit, accipiendũ erit, l. plenum, §. æquitij de vsu, & habitatione, firmant Craueta, vol.* 3. *cons.* 445. *nu.* 7. *&* 8. *Rolandus à Valle lib.* 3. *cons.* 76. *num.* 21. *Tiraquell. ad ll. Conubiales, l.* 5. *num.* 26. *Innocent. & Abbas in cap. Pastoralis de donatio. Decius in cap. præsentia. num.* 136. *de probationibus.*

122 El estatuto de estar a la carta, no quita la interpretacion conjectural, quando las conjecturas resultan de la misma carta, y son literales, como las que he ponderado, porque esta mas es comprehension de la carta, que interpretacion, Ramona *conf.* 15. *num.* 83. *Non adversatur sextum, quod conservandæ agnationis ratio ad casus expressos nominatasque personas restringatur, id enim falsum esse profitentur Menoch.conf.* 173. *nu.* 39. *lib.* 2. *& infiniti quos longa serie recenset idem Surdus d.conf.* 343. *num.* 35. *cum seqq. Vbi quod fideicommissum inducitur, & extenditur ob rationem expressam, vel intellectam, quia vbi eadem est ratio casus comprehensive, & non extensive includitur, & ibi citat Menochium, Crauetam, Crasum, Petram, & alios late tractates; quod idem antea responderat in conf.* 96. *nu.* 42. *&* 241. *num.* 38. *referens iuxta illud conf.* 96. *in Senatu Pedemontano fuisse iudicatum.*

123 Ni quita el estatuto de estar a la letra la interpretacion intrinseca, comprehensiua, y declarativa, Barbatia *in l. cum acutissimi, num.* 170. *vers. accedat, C. de fideicommiss.* Baldus *de statutis, verb. Interpretat. n.* 9. Aretinus *conf.* 144. *Craveta conf.* 113. Alderanus Mascardus *de interpretat statutorum concl.* 2. *nu.* 77. Gratian. *discept. Forens. cap.* 15. *nu.* 3, Menoch. *conf.* 277. *num.* 30, Y los Practicos de nuestro Reyno de Aragon, lo han entendido siempre assi, Portoles *in verbo Forus, num.* 52. 57. 60. *&* 61. Casanate *conf.* 60 *num.* 12. *&* 20. *& conf.* 17. *num.* 31. Sesse *decis.* 63. *num.* 20. *& decis.* 94. *num.* 9. *& decis.* 236. *num.* 70. Ramirez *de lege Regia*, §. 10. Sueldes *conf.* 5. *num.* 33. *semicent.* 2. Ex quibus parece, que assi por lo expresso de la letra, como por tantas, vrgentes, y literales congecturas, està contemplada la agna

cion,

cion, y fundada la inclusion de mi parte, y exclusion de la contraria, en la Capitulacion Matrimonial de Don Luys Fernandez de Yxar el segundo.

RESPVESTA A LA CONTRARIA ALEGACION.

RESume la Capitulacion Matrimonial de Don Luys Segundo, y Doña Beatriz de Alagon, desde el *num.* 1. hasta el 3. Y supone desde el *num.* 5. hasta el 9. que en ella no ay palabra de agnacion expressa, que el Mayorazgo agnaticio es odioso, que aunque se pueda inducir por congecturas, han de ser evidentes; y que aun en este caso no es la agnacion literal, que en materias de Mayorazgo siempre se han de interpretar las palabras del modo que menos nos apartemos de la disposicion del derecho, que se deve abrazar la interpretacion mas favorable à la naturaleza de los Mayorazgos, y en el *num.* 8. refiere algo de el hecho.

RESPVESTA.

124 EN el *num.* 2. in fine, supone falsamente (salva pace) la clausula de dicha Capitulacion en letra Mayuscula, pues dize: *Y sus descendientes de aquellos, ò de aquellas*, deviendo dezir, segun la escritura original *Y sus descendientes de aquel, ò de aquellos.* En quanto al dezir, que no ay palabra de agnacion expressa, se responde con lo dicho en los numeros 12. 36. 37. 86. 87. 88. 89. 104. En donde se vè claramente, que en esta escritura està expressada la agnacion; no con la corteza de esta palabra, como la parte contraria quiere, sino con palabras de igual pro-

pric-

priedad, y virtud; y quando no estuviera tan materialmẽte expressada, las congecturas literales que se han ponderado bastan para que se diga expressa, y se aya de estar à ellas, como se ha fundado por el discurso del §. 32. en quanto à dezir, que el mayorazgo agnaticio es odioso: Se responde, que lo contrario es la pura verdad: y que sea fauorable, y conforme al derecho divino, natural, y positivo, se ha fundado en el §. 1. hasta el *num*. 9. Y en el §. 30. desde el *num*. 98. hasta el *num*. 102. En quanto a dezir, que las congecturas han de ser evidentes; y que aun desta manera no es la agnacion literal: Se responde, que las congecturas que nos asisten, son evidentissimas, y literales; y assi lo es la agnacion, como se manifiesta en todos los §§. antecedentes.

ALEGACION CONTRARIA.

EN el *num*. 9. haze vn sylogismo, arrimandose a la corteza material de la palabra *descendientes varones*, debajo de la qual, hasta el *num*. 20. se esfuerza, intentando provar, que se comprehenden los descendientes de Hembras, con algunos autores, y decisiones, y que siendo el Excelentissimo Señor Don Iayme descendiente varon, aunque de hembra, està llamado.

RESPVESTA.

125 SAtisface a dichos Doctores, y decisiones sigilatim, y â velas llenas, el muy Ilustre Señor Doctor Don Iosef de Leyza, y Erasso, Assessor dignissimo del Illustrissimo Señor Regente la general Governacion, en su primera alegacion, escrita por mi parte *à num*. 217.

pag. 102. *vſque ad num.* 279. Y aunque eſta queſtion, an appellatione deſcendentium maſculorum, comprehẽdantur maſculi ex fœminis? ſea mui controuertida, pero lo cierto es, q̃ la negativa en mayorazgos, eſtà mui apoyada, y aplaudida de infinitos Doctores, y deciſsiones de Senados, como ſe ha dicho, y fundado en el §. 14. *nu.* 52. & 53. y es la mas comun: Pero yo le doi de varato a la parte contraria, que ſea mas cierta la afirmativa, que defiende: No eſtamos en eſtos terminos ſencillos, en que ſe diſputa eſta queſtion, ſino en terminos vrgentiſsimos, porque no ſolamẽte ſe llaman por eſta eſcritura los deſcendientes maſculos ſimpliciter, ſino los deſcendientes maſculos de maſculos, repitiẽdo mil vezes la calidad de la maſculinidad con muchiſsimas conjecturas, concluyentes, y literales de agnacion expreſſa, con cuyas circũſtancias todos los DD. de que ſe vale la parte contraria, reſponden por la agnacion: Atqui el Excelentiſsimo Señor Don Iaime, no es deſcendiente maſculo de maſculo: Luego con la miſma letra ſe retuerze bien el argumento de que no eſtâ llamado.

ALEGACION CONTRARIA.

EN el *num.* 20. dize, que los DD. que en los terminos ſencillos deſta queſtion defiendẽ a los agnados, ò ſon Italianos, que hablan conforme a los Eſtatutos de Italia, ò hablan, quando ai contemplada agnacion clara, ò literal ex coniecturis expreſsis, y que toda la dificultad conſiſte en averiguar ſi ai contemplada agnacion en nueſtro caſo.

RESPVESTA.

126 No es neceſſario valernos de Autores que hablen

blen en terminos de Estatutos agnaticios, para fundar concluyentemente nuestro intento, pues son tantos los Autores Españoles, y Italianos que respõden por los agnados en esta question, sin poner en consideracion Estatutos algunos. que si se huvieran de repetir todos los que se han citado por el discurso desta alegaciõ que sin memoria de Estatuto, responden por los agnados en materia de Mayorazgos, se haria este volumen mas prolijo: A mas de que yà la contraria alegacion reconoce, que estando la agnacion clara, ò literal, ex coniecturis expressis, contemplada, se deue respõder por ella: y como yà se ha fundado, estamos en este caso.

ALEGACION CONTRARIA.

EN los *num.* 22. 23. y 24. dize, que exabundanti, en nuestro caso ay conjecturas, por las quales se excluye la conservacion de la agnacion, y la primera dize que consiste, en q̃ en los Capitulos Matrimoniales cõcurriessen a disponer D. Luis de Yxar primero, y Doña Guiomar Enriquez su muger, la qual no es verosimil que excluyera a los descendientes de su sexo, con Molina, Castillo, Suelves, y otros.

RESPVESTA.

127 NO le basta a la parte contraria el dezir, no està contemplada la agnacion, sino, que a mas de la negativa; en opinion de Fabro, Castillo, y otros que defienden a los Varones cognados, ha de provar con legitimas, y concluyentes conjecturas la contemplacion de la sencilla masculinidad, y la Varonia de los cognados, fun-

fundando con demostraciones euidentes de la voluntad del Instituyente, que *appellatione descendentium masculorum*, quiso comprehender a los masculos descendientes por hembra; y assi el discurrir conjecturas la parte contraria para fundar su opinion, no serà *exabundanti*, como dize, sino necessario, como enseña Castillo *controuers. lib.* 3. *cap.* 29 *num.* 24. *in fine cum seqq.* ibi: *Indeque cum non sufficiat dicere agnationem conservatam non fuisse (quod negari non potest) ad coniecturas legitimas, & præsumptam voluntatem decurrere quidem necessarium omnino erit, &c.* como se expende mas largamente en el §. 32. *num.* 117.

128 Sin que pueda obstar, que Don Luis consintiera, que su muger Doña Guiomar hiziera tambien el vinculo, y entrara a la parte de la donacion hecha en los Capitulos Matrimoniales. Porque se responde, lo primero, que los bienes litigiosos fueron de Don Luis primero, y no de Doña Guiomar su muger, y assi la fundacion del Mayorazgo se le ha de atribuir a él, y no a ella, ex textu *in l. si liqueat*, vbi Bald. *C. de in offic. donat. l. in ædibus*, §. *quod filius familias, de donationibus*, Tiraquel *in l. si vnquam, verb. Donatione largitus, nu.* 360. *& ad leges connubiales, glos.* 5. *num.* 149. y assi Berovo, escriviendo en la causa de Castro, reconoce en el *cons.* 120. que si fueran los bienes del Varon se diria estar la agnacion contemplada, discurrelo en los *num.* 15. 17. *&* 65. *vol.* 2.

129 Lo segundo se responde, que aunque los bienes fueran de la muger, no concluye la razon, de que no es verosimil, que la muger excluyera a los descendientes de su sexo, porque puede ser (como sucede) que sin aborrecer su sexo, quieran mas las hembras a los Varones, Frãchis *decis.* 232. *num.* 1. ibi: *Item maior ratio, quia vide-*

demus chariores esse filios mares matribus, *& chariores nepotes ex eis, quam nepotes ex fœminis.* Optime Castillo *in cons. pro Vice-Comite de Ebol*, en donde pondera el *lib.* 2. de los Reyes el *cap.* 14. en que vna madre pide se perdone al hijo fratricida, porque se conserve en èl la agnacion, y renombre de su marido.

130 Y que las mugeres apetezcan la agnacion de sus maridos, lo pruevan en terminos Castrensis *cons.* 91. Crotus *in l. omnes Populi, num.* 156. *vers.* *Quarto considerabam. de iustitia, & iure*, Fulgosius *cons.* 18. Socin. jun. *cons.* 56 *num.* 3. *&* 4. *lib.* 4. Tiberius Decianus *cons.* 127. *num.* 25. y es excelente el *cons.* 82. de Rolando à Valle en el *nu.* 41. *lib.* 3. Rota apud Farinac. *in nouissim. decis.* 354. *num.* 4. con otros muchos que refiere Mantica *de coniectur. lib.* 7. *tit.* 10. *num.* 7. donde resuelve, no ser conjectura contra la agnacion, el aver dispuesto muger: y punctim Cardinal. Tuschus *conclus.* 245. *num.* 5. *lit.* *A.* ibi: *Extende, vt procedat etiam in testamento matris, quia sic vocavit masculos exclusis, vel prætermissis fœminis censetur, id facere fauore agnationis conservandæ, etiam si post masculos omnes postea vocet fœminas*; Lugar, que prueva juntamente, que por aver llamado en alguna parte de su disposicion a las hembras, no impide la contemplacion de la agnacion de los grados anteriores: Aqui, en nuestro caso, con singular circunstancia, pues aunque dispusiera Doña Guiomar, siendo, como era, de la nobilissima Casa de Enriquez, no les gravò a sus descendientes Varones, a que llevaran el nombre, y armas de Enriquez, sino el nombre, y armas de Fernandez su marido, y assi es argumento de que quiso contemplar la agnacion de su marido.

ALEGACION CONTRARIA.

EN el *num.* 25. dize, que en esta Capitulacion ai llamamiẽto en muchas partes para hembras, y sus descendientes, y que en este caso no se admite agnacion cõ algunos Autores que cita. Y en el *num*, 26. que el gravamen de nombre, y armas persuade la exclusion de la agnacion. Y en el 27. que llamando a los descendientes Varones de Dõ Luis, se entiende aver llamado a los descendientes por linea femenina; porque esta clausula se explica con otra, en la qual están llamados todos los descendientes de las hijas; y en el 28. que se llaman todos los descendientes que vernan de Don Luis Segundo, que parece suena lo mismo que los descendientes por recta linea.

RESPVESTA.

131 PAra la satisfacion de lo q̃ dize la alegacion contraria en el *num.* 25. me remito a lo que he dicho en el §. 5. *num.* 32. y en el §. 11. *num.* 42. & 43. de esta alegacion: y al *num.* 26. de la contraria satisface el §. 13. *num.* 48. *vsque ad num.* 51. en el *nu.* 27. de la contraria, se intenta confundir el llamamiento discretivo contra la misma letra de la Capitulacion, y cõtra las manifiestas reglas, y disposiciones del derecho, y contra la comun, y mas comun opinion de los DD. que consideran agnacion del llamamiento discretiuo de los Varones, descendientes de Varones, y separatim de los Varones descendientes de hembras, y assi me remito a lo dicho en el *num.* 40. el §. 10. *conjectura* 9. y mas se dize, que la clausula, en la qual estàn llamados los descendiẽtes de las hembras, bastãtemente explica, q̃ en la clausu-

la anterior, en donde estàn llamados los descendientes Varones de Varones, no estàn llamados los descendientes de hembras, si solamẽte los agnados, segun las reglas del llamamiento discretivo; y asi me conformo, en que la vna clausula explica la otra, pero no en el modo como la explica la alegacion contraria, cuyo *nu.* 28. tampoco obsta, porque no se llaman, vt cumque, y absolutamente todos los descendientes que vernan de D. Luis, sino todos los descendientes Varones de Varones que vernan de Don Luis, y asi no solamẽte los descendientes Varones de Varones por linea recta, sino tambien qualificada con la calidad de agnados.

ALEGACION CONTRARIA.

DIze en el *num.* 29. que la persona de Don Luis nieto, y contrayente, con toda su linea, fue la mas predilecta, pues le llama en primer lugar; y asi el Señor D. Iaime, por hallarse en la linea del primer llamado, se entiende predilecto a los de las otras lineas, y si no se comprehendiera debaxo de las palabras *descendientes masculos de Don Luis*, se seguiria absurdo de no tener cabimiento el mas predilecto.

RESPVESTA.

132 SI el Mayorazgo fuera regular, no dize mal la alegacion contraria, porque en este caso de fideicomisso absoluto, ò Mayorazgo regular hablan los Doctores que cita en *d. num.* 29. en el qual, todos los que se hallan en la linea del primer llamado se entienden predilectos a los de las otras lineas: Pero en Mayorazgo qua-

li-

lificado como es este, aquellos son los mas predilectos al fundador que tienen la qualidad que requiso, Tiraquel. *de iure Primogen. quæst.* 13. *num.* 6. Sfortia *in tracta. de compend. substit. p.* 6. *art.* 4. Crasus *in* §. *fideicommiss. q.* 35. *num.* 3. Trentacinq. *de substitut. p.* 4. *cap.* 7. *nu.* 10. Intrigliol. *de substitut. cent.* 3. *q.* 58. *num.* 6. *& q.* 85. *num.* 5. Rusticis *in l. cum Avus lib.* 6. *cap.* 16. *ff. de condit. & dem.* Thesaurus *decis.* 188. *num.* 23. Y como en el caso presente el fundador de este Mayorazgo quiso, q̃ el que huuiera de suceder fuera, y tuviera la calidad de *Varon de Varon*, y el Señor D. Iaime no tenga esta qualidad, porque es Varon de hembra, de aì es, el no ser mas predilecto.

133 El argumento ab absurdo vitandolo retuercẽ grandemente Menochio, y Fusario en favor de los agnados, dize Fusario en la *quæst.* 404. *num.* 5. *de substit. Septimo addo, quod absurdum esset nepotem ex filia excludere filiam aliam testatoris proximiorẽ; Præsumitur enim testatorem magis dilexisse proximiorem quam remotiorẽ, l. Titius, ff. de hæred. instit. l. Publicis.* §. *fin. ff. de condit. & demonstr. cum alijs de quibus q.* 468. *Vnde si daretur casus, quod extaret filia, & nepos ex filia prædefuncta, si procederet cõtraria opinio*(esta es masculis vocatis comprehendi masculum ex fœmina) *sequæretur hoc absurdum contra præsumptam mentem testatoris, quod remotior præferretur proximiori; ne ergo hoc sequatur absurdum dicendum est appellatione masculorum non venire masculos ex fœmina, & ita hoc argumento vsus est,* Me *noch. d. cons.* 172. *num.* 21. *lib.* 2. *& cons.* 1036. *num.* 12. *lib.* 12.

ALEGACION CONTRARIA.

En el *num.* 30. que siendo tan facil de explicar la agna-

nacion, si voluisset, expresisset particularmente preuiniẽdo tantos casos con singulares advertencias tan por menudo, que se conoce, que lo que quisieron lo explicaron, y assi, que no es verosimil se olvidara de poner expressa agnacion, si tovieran intẽto de hazer el Mayorazgo agnaticio: y hasta el *num.* 34. comprueva esta conjectura, ò argumento con Molina, Veroyo, Ludouisio, Fulgosio, y otros.

RESPVESTA.

134 YA se ha fundado por el discurso de esta alegaciõ, que en dicha Capitulacion Matrimonial està expressada la agnacion, vt videre est in §. 1. *num.* 12. *&* §. 8. *num.* 36. *&* 37. *&* §. 26. *num.* 86. 87. 88. *&* 89. y assi esta remission sea la primera repuesta: Lo segundo se responde, que el argumento si voluisset expresisset, es fragilissimo, y deleznable, como dize Casanate *cons.* 4. *nu.* 179. ibi: *Argumentationem hanc ex d. §. sin autẽ ad deficientis deductam, esse leuem, lubricam, & brocardicam, & in vtramque partem facile ex causarũ varietate declinabilem, & sic non absurdæ posse ad alterutram sententiam accomodari, & reflecti.* Resuelven lo mismo Mantica *de coniectur. lib.* 6. *tit.* 13. *nu.* 8. Castillo *lib.* 4. *cap.* 14. *num.* 3. Y assi se puede retorcer el mismo argumento; el fundador de este Mayorazgo no expressò que fuera de simple masculinidad, ni declarò, q̃ sucedieran qualesquiere masculos, assi de hembra, como de otros masculos, ò que sucedierã qualesquiere Varones cognados, siendole facil el declararse con vna sola palabra *cognados*, quando preuino tantos casos, puso tantas condiciones a la succession con tan particulares advertencias, y prouidencia singular con que ordenò su Mayorazgo, expli-

plicando, que no se pudiessen agenar los bienes con reduplicacion de palabras tan comprehensivas, declarandose, que los que huuieran de suceder, fueran legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, preuiniendo muchos casos que podian suceder tan por menudo que se conoce claramente, que lo que quisieron, y tuvieron in mente los contrayentes, y el fundador, lo explicaron: De donde se conoce no ser verosimil, que aviendo tenido tã gran cuidado en explicar por menudo todo lo que quisieron que se observara, se olvidaran de poner, y llamar a los masculos cognados, si tuuieran intento de hazer el Mayorazgo de simple masculinidad, y no de masculinidad reduplicada, como es la agnacion; antes bien se deue creer, que siendo tan facil el explicarlo, si quisieran lo huuieran expressado como las demas cosas, y asi *non videtur velle, quod non dixit, nec declarauit, immo noluisse videtur, l. vnica, vers. Sin autem, C. de caduc. tollend.* vbi notat Baldus. Lo tercero se responde, que dichos DD. hablã en terminos sencillos, en cuyos casos no avia la letra clara, ni las euidẽtes conjecturas que ai en el nuestro, y el Señor Leiza, mas indiuidualmente les responde en su alegacion desde el *num.* 217. *& seq. pág.* 102.

ALEGACION CONTRARIA.

EN el *num.* 34. que en estos Capitulos Matrimoniales no ai agnacion expressa, y que lo mas que se puede pretender es presumpta, y que esta se avia de inducir por conjecturas tan claras que no dexarâ duda, taliter, quod aliud inducere non valeant, y que fueran euidentes; particularmente, siendo en contracto inter viuos; y en los *nu.* 35. 36. *y* 37. q̃ singularmente procede esto en Aragon

por el Eſtatuto de eſtar a la carta, pues ſi la agnacion ſe induxera por conjecturas,no ſeria de la carta,ni de la letra, ſino imaginatiua, y opinatiua con la autoridad de Suelves,y otros que èl miſmo cita.

RESPVESTA.

135 EN eſtos Capitulos Matrimoniales ai agnacion expreſſa,como ſe ha fundado en los §§. 1. 7. & 26. pero quando no la huviera, eſtâ ſuficientiſsimamente provado en el §.32. per totum, que ſe pueden inducir por conjecturas graues,y vrgentes,como las que aqui ſe ponderan,y que eſtas no ſon contra la letra,ni contra el Eſtatuto de eſtar a la carta,ſino que antes bien,ſon tan literales,y reſultan de la miſma carta, que obſervando dichas conjecturas ſe obſerva la carta, y la letra de dicha Capitulacion con todo el rigor del Eſtatuto, y no obſervando dichas conjecturas concluyentes, perneceſſe ſe le haze violencia a la letra.

136 Como ſe puede negar, que es hazer notoria, y manifieſta violencia a la letra, el querer, que debaxo el nombre *de maſculos de maſculos*, ſe comprehendan los maſçulos de hembra? y que eſtando llamados a vna parte los deſcendientes maſculos de maſçulos, y diſcretiuamente en otra parte de la Capitulacion los deſcendientes maſculos de hembra,ſe comprehendan eſtos debaxo el nombre de aquellos? confundiendo el orden literal q̃ los contrayentes puſieron en la miſma carta,y aſsi de las demas conjecturas. Eſto no ſeria violar la carta? Eſto no ſeria ir contra la letra de dicha Capitulacion? Eſto no ſeria deſpreciar el Eſtatuto,y Fuero,que nos obliga a obſervar la propriedad, el ſentido natural, y el rigor de las

dic-

dicciones, y palabras de este vinculo? Hablo en esta exclamacion con la parte contraria, no con el Consejo: seame licito, pues todo lo sugeto a su enmienda.

137 Suelves, gran defensor de los cognados, Abogado afecto, y apassionado de la parte contraria, como se vee por el *cons.* 33. de la *semicent.* 2. que escriviò por la Señora Doña Isabel Margarita Fernandez de Yxar en el *cons.* 5. *n.*68. *vers. Nec refragatur*, reconoce, q̃ por conjecturas vrgentes se puede inducir la agnacion, y se deue juzgar como se ha juzgado por los agnados, porq̃ respondiendo al exemplar del processo *Nicolai Sanchez de Rabaneda*, en el qual, a 20. de Março del año 1630. se juzgò en la Real Audiencia de este Reino, con menos conjecturas que las que en nuestro caso se ponderan, a fauor de la agnacion, dize, *ibi*: *Erant vrgentissimè agnationis coniecturæ, vnde ad casum nostrum hoc trahẽdum non erit.* No es possible que cõcurran conjecturas mas vrgentes, que en nuestro caso.

138 A mas, de que el caso del *cons.* 5. de Suelves *semicent.* 2. con que se alegra tanto la parte contraria, que toda la fiesta de su alegacion, parece que la hizo de alli, es diferentissimo del caso presente, porque Suelves *d. cons.* 5. *num.* 52. reconoce, que en el pleito de la Baronia de Torrellas, en aquella Capitulacion Matrimonial, estavan llamados los descendientes masculos, y despues las hembras, y sus descendientes, y despues dellas otros agnados, de suerte que no estauan perpetuamente llamados los descendientes masculos, ni perpetuamẽte excluìdas las hembras, aviendo descendientes masculos, antes bien inter medias masculorum vocationes, & substitutiones, estavan llamadas, y mezcladas las hembras, y sus descendientes, y assi dize bien Suelves, que era el quinto

ca-

caſo de los que diſtingue Caſtillo *lib.* 5. *cap.* 92. *num.* 16. En nueſtro caſo, es todo al contrario, porque ſe llaman los deſcendientes maſculos de maſculos perpetuamente; y auien lo de eſtos, perpetuamente eſtàn excluidas las hembras, y no eſtàn llamadas, ni mezcladas inter medias maſculorum vocationes, & ſubſtitutiones ex voluntate inſtitutoris maioratus libera, aut mera, ſed potius neceſſitate cogente, ne memoria illius pereat, & maioratus finiatur, & ideo in defectum maſculorum ex maſculis, atque in ſubſidium; y aſsi nueſtro caſo es el ſegundo de los que diſtingue Caſtillo *d. cap.* 92. *nu.* 13. en el qual confieſſa, y defiende eſtar contemplada la agnacion, y por el conſiguiente, no es de encuētro el dicho *conſ.* 5. de Suelves, ni lo ſon quantos Autores alli cita, porque ſi bien ſe miran, y reconocen con cuidado, ò hablan en terminos ſencillos, diziendo que appellatione *deſcendētium maſculorum*, ſe comprehenden los deſcendientes maſculos de hembra, no conſtando que eſtâ contemplada la agnacion por conjecturas literales, y vrgentes, particularmēte en Aragon, en donde ſe ha de eſtar a lo literal de la palabra *maſculos*; ô hablan en el quinto caſo que trae Caſtillo *d. cap.* 92. de los quales al nueſtro es manifieſta, y conocida la diferencia de quantos DD. han eſcrito en eſta materia, que tienen por conſtante ſer vrgentiſsimas y literales las conjecturas de agnacion, que en nueſtro caſo concurren, y ſe han ponderado.

ALEGACION CONTRARIA.

EN el *num.* 38. que pues en eſte Reino no ſe admite la agnacion conjectural, ſe ha de entender quiſieron los contrayentes conformarſe con las leyes de ſu Prouin

çia, excluyendo las conjecturas de agnacion, particularmente siendo tan odiosa. Y en el *nu.* 39. que parece quita toda la dificultad aquella clausula de los Capitulos, en la qual es concordado entre las partes, que el matrimonio en todo sea reglado segun Fuero, uso, y costumbre del Reino de Aragon, exceptado en aquellas cosas que por dichos capitulos està derogado: De donde infiere, que por dichos capitulos se ha de estar a la carta, no admitiẽdo agnacion, pues no se halla expressada, ni por conjecturas que perneccesse, y euidentemente se aya de inducir.

RESPVESTA.

139 LEi, y Fuero de este Reino es, el que se conserve la agnacion, *Foro unico, tit. de testamentis Nobiliũ,* ibi: *Vt Casalia in bono statuta conserventur.* en donde nota Pertusa, que *Casalia*, es lo mismo, que *agnatio.* tienen lo mismo Socinus senior *in l. cum Avus, num.* 85. *ff. de condit. & demonst.* Corneus *cons.* 55. *num.* 5. *&* 6. *lib.* 1. *& cons.* 273. *num.* 5. *lib.* 4. Gozadinus *cons.* 79. *num.* 6. Parisius *cons.* 53. *num.* 29. *lib.* 3. Albanus *cons.* 51. *num.* 11. Roland. à Valle *cons.* 82. *nu.* 33. *lib.* 3. Cœphalus *cons.* 137. *num.* 12. Surdus *cons.* 69. *num.* 29. *lib.* 1. Hondedeus *cons.* 75. *n.* 20. *lib.* 2. Menoch. *cons.* 549. *num.* 4. *& lib.* 4. *præsumpt.* 69. *nu.* 10 Rusticis *in l. cum Avus, lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 31. *ff. de cond. & demonst.* Fusar. *q.* 499. *num.* 7. Intrigliolus *de substit. cent.* 3. *q.* 79. *num.* 13. Thesaurus *decis.* 188. *num.* 3. Y el Fuero final de iure dotium, tuvo por blanco, y por fin principal la conservacion de la agnacion, pues prohibiô, que las haziendas vinculadas fueran a las hembras, ni a sus descendientes, por via de adotes, o firmas de dotes: y assi descan-

do el instituyente de este Mayorazgo, conformarse con las leyes de su Provincia, es argumento, que desea conser var su agnacion, singularmente quando de la misma letra de dichos capitulos se convence con conjecturas cõcluyentissimas mui conformes a la carta que nò fue, ni pudo ser otro su fin que el que tuvierõ, de que la succession de estos bienes discurriera por los agnados, por los masculos de masculos, por los que son del Casal de Fernandez de Yxar: y consiguientemẽte el Estatuto de estar a la carta, no solamente no es contrario a dichas conjecturas, sino que antes bien impone obligacion de obser varlas, por resultar de la misma carta, y ser vrgentissimas; y en quanto a dezir, que la cõtemplacion de la agnacion sea odiosa. En el §. 1. desta alegacion sa ha funda do, que por derecho diuino, natural, y possitiuo, es fauorabilissima, y assi me remito alli.

140 Acerca de dicha clausula es de notar, que no dize, que el vinculo, ò la succession se regle segũ Fuero, excepto en lo que no està derogado por dichos Capitulos, sino lo que dize es, *que el dicho matrimonio, en todo, y por todas cosas, sea reglado segun Fuero, &c.* que es diferente cosa, como se pudiera fundar, si importara algo: pero im porta poco, y nada, que los contrayentes dixeran, que el dicho vinculo se reglara, segun Fuero, excepto en lo que no estuuiere derogado por dichos Capitulos; pues el Estatuto de estar a la carta, no quita las conjecturas literales, y vrgentes, que resultan de la misma carta, antes bien quiere se observen, como se ha repetido, y fundado: y vltimamente, aqui no necessitamos de conjecturas, porque si algunas se han fundado, menos vrgentes q̃ otras, ha sido ex abundanti; y para que por todos caminos cõste de la grãde justicia de mi parte: De lo q̃ necessitamos

es,

es, de que se observe con todo rigor la carta, y la propriedad de aquella letra *masculo de masculos*.

§. VLTIMO.

QVE AVNQVE ESTE MAYORAZGO NO fuera agnaticio, sino de simple masculinidad, no puede reintegrarse la linea del Señor D. Jaime.

141 SVponese en hecho, que quando muriò el Excelẽtissimo Don Francisco Christoval Fernandez de Yxar, vltimo Duque, y pacifico posseedor de este Mayorazgo, no quedò de aquella linea, in rerum natura, hijo, ni descendiente masculo del Duque, ni persona alguna in habitu, nec actu, capaz de la succession. Hallavase de la segunda linea de Don Alonso el Primero Don Antonio Fernandez de Yxar, y este con dos hijos, que fueron Don Iuan, y Don Alonso. La tercera linea avia yà faltado al tiempo de la muerte del vltimo Duque. Y de la quarta linea de Don Pedro, se hallavan Don Pedro el pupilo, y Don Pedro Ieorge Aprehendiẽte, primo hermano del pupilo, y ambos nietos de D. Pedro el Quartogenito, hermano de Don Luys Segundo, Donario en esta Capitulacion Matrimonial; de forma que al tiempo de la muerte de dicho Excelentissimo Duque Don Iuan Francisco Christoval, que fue el año de 1614. aun no avia nacido el señor Don Iayme, y assi passò la succession ipso iure a la segunda linea, y a la persona de Don Antonio por sentencia del año 1620. en la mitad de Belchite, y otros bienes, y a Don Iuan, y a Don Alonso sus hijos respectivamente vno despues de otro. Naciò de la primera linea el señor Don Iayme el año

1625.

1625.y murieron despues Don Antonio, y sus hijos sin succession, y feneciò aquella linea segunda por los años de 1627.y 1635.

142 Dize el señor Don Iayme, que aunque por muerte de su Abuelo el Excelentissimo Duque Don Iuã Francisco Christoval quebrò la succession en aquella primera linea el año de 1614. pero que se reintegrò el año de 1635.en que era yà nacido, y se avia acabado la linea segunda, y se hallava descendiente masculo, habil, y capaz de la succession, al qual se la defiriò la ley por la calidad de descendiente masculo de linea predilecta, y anterior en virtud de dicha Capitulacion Matrimonial.

143 Pero que no proceda segun buena Iurisprudẽcia, ni conforme à las reglas de Mayorazgos, ni atendiẽdo a la letra de dicha Capitulacion Matrimonial la pretensa reintegracion, sino que antes bien deva passar la succession descensive, & gradatim a las lineas contempladas, y substituìdas en falta de las anteriores, se fundarà suficientissimamente; Para lo qual convengo (sine veri præiudicio) con la distincion de aquellos tres casos q̃ trae la Alegacion contraria, tratando este punto desde el *num.* 177. hasta el *num.* 182. *ex pag.* 94. *vsque ad pag.* 96. donde dize que el primero es: *An fœmina ad maioratũ semel admissa propter deffectum masculorum si postea masculus superveniat excludatur ab eo?* El segundo. *An fœmina exclussa propter masculum alterius lineæ possit admiti in deffectum masculorum concurrente fœmina vltimi possessoris vel alterius?* Y que el tercero caso es, *quando por no aver sino hembra en la linea del primogenito, passa al varon que halla en la segunda linea, si despues muertos los varones de la linea en que entrò, retrocede a la linea primera la succession en Mayorazgo*

de

de masculinidad? Y se admite el varon que en aquella primera linea se hallare?

144 Tambien convengo con la corriente de los DD. que la exclusion puede ser en dos maneras, ò real que influya en toda la linea, ò personal que tan solamente respete a la persona excluìda, como en el furioso, ciego, ò qualquiere otro que tenga impedimento personal para admitirse a la succession. Y que en el primer caso no ay reintegracion, y en el segundo si, con Molina *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 22. & *lib.* 3. *c.* 5. *num.* 72. Castillo *lib.* 5. *controvers. cap.* 143. §. *vnico per totum,* & *lib.* 3. *c.* 15. *num.* 77. Gratiano *discept.* 218. *num.* 73. & *discept.* 695. *num.* 17. & 18. Menoch. *cons.* 359. *num.* 10. & *cons.* 585. *num.* 35. Suelves *cons.* 49. *num.* 3. *semicent.* 2. y otros que cita el Addicionador a Molina *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 41.

145 Pero està la dificultad en averiguar si excluìda la primera linea por falta de descendientes masculos està en el caso presente perpetuamente excluìda con exclussion real: ò està suspendida ad tempus con personal exclusion? Y para averiguar este punto me ajusto tambien con lo que dize la Alegacion contraria, *num.* 176. *pag.* 94. que es dificultoso el admitir reintegracion, ex Castillo *lib.* 5. *cap.* 91. *num.* 69. sino donde ay evidente, expressa, y especifica voluntad del instituyente del Mayorazgo, ordenando que retro buelva la succession a la linea, ò a la persona excluìda, ex Menochio *cons.* 220, *n.* 146. & 147. *lib.* 3. & Castillo *d. c.* 91. *num.* 42. & *cap.* 92. & 93. singularmente en Aragon, en donde no se admiten successiones retrogradas, ex Molino *in verbo successio, fol.* 308. vbi Portoles *num.* 12. sino en caso que el Fuero lo expresse, vt in Foro *vnico de successionibus ab intestato,* ò el Fundador expressamente lo disponga; por-

que

que conjecturas persuasivas, ni tacitas, que no sean evidentissimas, y literales, y no concluyan per necesse, en Aragon no se admiten, ex Portoles, Casanate, Sesse, Ramirez, & alijs vulgare est, y en este punto de la reintegracion mucho menos, ex Castillo *vbi supra*, por los incōvenientes que se siguirian, y pondera el señor Leyza largamente en su Alegacion, *num.* 308. *pag.* 131.

146 En el caso concreto no solamente no ay conjecturas evidentes, ni que concluyan per necesse la reintegracion de la primera linea, pero ni aun persuasivas; Antes bien ay letra clara, y expressa en dicha Capitulacion Matrimonial que excluye la reintegracion, y dispone, que excluìda la primera linea por falta de descendientes masculos, quede perpetuamente excluìda, y se contiene en aquella clausula. *E no puedan otros suceder siēpre que fillos, ò descendientes de los sobredichos masculos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, succediēdo en lugar de los que avràn de suceder no obstante que al dicho tiempo sean muertos, & de vnos en otros successivamente passen los dichos bienes.*

147 En esta clausula se vè patentemente que quiso el Fundador de este Mayorazgo, que aviendo descendiētes masculos perpetuamente quedaràn excluìdas las hēbras, pues aquella diccion. *siempre*, denotat perpetuitatē, *l. semper, ff. de iure immunitatis*, Molina *de Primogenijs lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 33. Verallus *decis.* 35. *num.* 9 *p.* 2. Barbossa *dictione* 361. Rota *decis.* 231. *num.* 4. apud Farinac. *p.* 2. *recent.* Riccius *in praxi Cur. Archiep. decis.* 287. *num.* 8. *p.* 2. y no aviendo descendientes masculos de la primera linea, y aviendolos de la segunda, tercera, ò quarta, serà verdadero el dezir, que siempre, y perpetuamente està excluìda la primera linea: hazese esto mas cla-

claro, porque aviendo dicho el Fundador. *Et de vnos en otros successivamente passen los dichos bienes*: Manifiestamente excluyò in perpetuum la linea, de la qual faltaron los descendientes masculos, pues si la dexâran con derecho habitual, y esperanza de reintegrarse, no dixera, *successivamente passen los dichos bienes*, porque reintegrandose, no passavan successivamente los dichos bienes, sino que retrocedian, y tornavan a aquella primera linea por donde discurrieron: Y assi el dezir el Fundador, *& de vnos en otros successivamente passen los dichos bienes*, fue dezir, que faltando los descendientes masculos de la primera linea passaran a los de la segunda, y en falta de los de la segunda a los de la tercera, y en falta de los de la tercera a los de la quarta, como yà lo avia especificado, y declarado antecedentemente, que esto es *passar successivamente*. Atendiendo el proprio, natural, y verdadero sentido de esta clausula, como se deve atender en Aragon, y no al civilissimo, y interpretativo: dictio enim, *successivamente*, præcedentium qualitatum repetitionem inducit, Rotta *decis*. 453. *num*. 1. *in fine*, apud Farinacium *p*. 2. *recent*. Barbossa *dictione* 386. Luego si perpetuamente han de suceder descendientes masculos, y estos perpetuamente han de suceder con el orden sucessivo que el fundador prescriviò passando de los de la primera linea a los de la segunda, & sic deinceps, no se podrà alterar este orden successivo, tornando los bienes de los descendientes masculos de la segunda linea a los de la primera, sino que perpetuamente queda excluìda la primera linea por el defecto de la condicion.

148 Augmentase este discurso con otra consideracion literal, y es, que quando el Fundador de este Mayorazgo quiso que huviera reintegracion, yà lo expressò

con

con palabras,y terminos proprios,y aptos para poderse inducir en el caso.que quiso que la huviera. Conocese esto manifiestamente, porque despues de aver hecho las substituciones de sus cinco nietos, Don Luys, Don Alonso, Don Iuan, Don Pedro, y Don Carlos, y de los descendientes masculos de aquellos, con el orden succesivo q̃ se ha dicho, en falta de todos estos dispone, *que las dichas Villas, Lugares, Castillos, Montes, y Terminos tornen al dicho Señor Don Luys de Yxar, Señor de Yxar, y Conde de Belchite, si vivo serà.* En esta clausula se descubre, que el Fundador quiso reintegrar su persona en aquel derecho de que se avia abdicado, disponiendo, que tornaràn los bienes a su persona de donde avian salido, y hablando con propriedad, porque no avia, ni ay otro termino mas proprio para inducir la reintegracion, que la palabra, *tornen, ò buelvan*: Pues no parece que huviera dicho bien *passen succesivamente al dicho señor D. Luys de Yxar, señor de Yxar, y Conde de Belchite*: que esto no seria passar succesivamente, sino tornar, y bolver la succesion: Luego no aviendo dicho en las substituciones de los descendientes masculos, que tornen, ò buelvã los bienes a los descendientes masculos de aquella linea de donde salieron, ni explicadose con palabras habiles, y terminos aptos para inducir la reintegracion, sino antes bien con terminos tan diferentes, y contrarios, es impossible el inducirla, si enim id voluisset expresisset, *l. unica, §. sinautem, C. de Caduc. Tol.* & cum vulgatis Mantica, Peregrino, Prætis, Castillo, Casanate, y otros.

149 No ay mexor glossa, ni mexor interprete que la voluntad, y palabras del mismo Fundador, èl mismo declara, que la palabra, *passen*, denota exclussion perpetua de la linea, de donde han de passar los bienes, porque

en

en otra clausula, en que vsa de este verbo *passe*, denota exclusion perpetua de la persona de quien ha de passar la sucessión, alli: *E que qualquiere, que por los presentes Capitoles succeirà en dicha tierra, si no llevarà, è farà el nõbre, y armas de Yxar, que pierda la dicha tierra, è passe al que en pres le pertenecerà iuxta los presentes Capitoles.* Nadie puede negar, que si por no llevar el nombre, y armas de Yxar, el que tenia obligacion, se pronunciara per sententiam, que devia perder la sucessión, y passar al otro, y efectivamente passarà al otro, si despues de aver perdido por sententiã los bienes, quisiera el que los perdiò reintegrar su persona en la succession, bolviendo a llevar el nombre, y armas de Yxar, no se podia admitir, ni oir tal reintegracion, por ser expressamente contra la voluntad del fundador; porque en el instante que dixo, que perdiera la sucession, y passara a otro, le excluyò perpetuamente della, porque *passar la sucession*, se deve entender cum effectu, *l.* 1. §. *hæc verba, ff. Quodquisque iurisd. l. quoties, ff. qui satisdare cogantur, cap. relatum*, de *Clericis non resid.* Surdus *cons.* 3. *num.* 25. & *cons.* 179. *num.* 49. Barbos. *Axioma.* 222. *num.* 10. Y si se pudiera reintegrar su persona, bolviẽdo a llevar el nombre, y armas de Yxar, y no se entendiera perpetuamente excluyda de la sucession, serian sin efecto aquellas palabras, no se observaria la voluntad del fundador, y la sentencia que le condenara a perdimiento de la sucession yà que passara a otro, seria frustranea, y ridicula: Luego diziendo el fundador, que *passe* la sucession de los de la vna linea a los de la otra, se deve entender con exclusion real, y perpetua de aquella linea, de la qual ha de passar, nam vna pars scripturæ, optime aliam declarat, *ex l. qui filiabus, de legatis* 1. Illustrat cum innumeris Castillo *lib.* 4. *con-*

 tro-

troverſ.cap. 50. *num.* 17. *&ſeqq.* en eſte caſo, no podia aver reintegracion: Luego, ni en el que pretende la parte contraria, pues en ambos caſos ſe halla excluìda con la palabra *paſſen.*

150 A mas, de que quando el fundador quiere que ſe reintegre la linea de Don Luis Segundo, claramente lo dize, y expreſſamente lo preuiene, y es en caſo que falten ſus cinco nietos, y los hijos, y deſcendientes maſculos de aquellos, alli: *Y en el dicho caſo, que fallecieſſen los dichos D.Luis, D.Alonſo, D.Iuan, Don Pedro, y D.Carlos de Yxar, ſines de fijo, ò fijos deſcendientes de ellos, y de cada vno dellos ſucceſsivamente en la forma ſuſodicha, maſculos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, & el dicho ſeñor Don Luys, Conde de Belchite expreſſamente diſpueſto, è ordenado no de avrà, que las dichas Villas, Lugares, Terminos, Caſtillos, è Montes vengan, y ayan de venir, recaygan, y pervengan en la fija mayor que el dicho Don Luys ternà, &c.* Y mas adelante: *E para empues dias de la tal fija del dicho Don Luys de Yxar, que toda la dicha tierra venga en el primer fijo de aquella maſculo, legitimo, y de legitimo matrimonio procreado, & en ſus deſcendientes maſculos, legitimos, &c.* Luego porque en eſtos caſos quiſo el Fundador que ſe reintegrara la primera linea de Don Luys Segundo, y no en otro alguno, notando de paſſo no dixo *paſſen* los bienes, ò paſſe la dicha tierra, ò ſucceſsion, ſino *vengan, recaygan, y pervengan.*

151 Confirmaſe eſto, porque no haze mencion el Fundador deſpues de aver prevenido el caſo de faltar la primera linea de Don Luys, haſta el caſo de aver faltado los hijos, y deſcendientes maſculos de todos ſus cinco nietos. En eſte caſo admite reintegracion de la primera li-

linea, en el caso de aver algun descendiente masculo de masculo de alguno de sus cinco nietos, no admite, ni expressa, ni insinua reintegracion, ni haze mencion de la primera linea de Don Luys Segundo: Luego porque en caso que huviera descendientes masculos de sus cinco nietos, no quiso que se reintegrara la primera linea; si solamente en caso que aquellos faltaran, argum. text. *in l. ex facto, §. Item queritur, ff. de vulgari*, ibi: *Et magis est etiam in vtroque eorum iussuum separatim servare, l. Equissimum. §. si prius, ff. de bon. poss. secundum Tab.* ibi: *Nec sibi iungitur cum in suam quisque causam substitutus est.* Y lo que avemos dicho de discretiva loquutione, nam tunc vnum non comprehenditur sub alio, ex *l. cum in testamento, §. qui tres, l. Qui non militabat. §. 1. ff. de hered. instit, l. heredes mei, §. Duæ statuæ. ff. de legatis* 3. con otros infinitos que juntan Menoch. *cons.* 204. *n.* 45. *& lib.* 4 *præsumptio.* 181. *num.* 4. Molina *de Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 55. Peregrin. *de fideicom. art.* 25. *num.* 45. Mieres *de maiorat.* 2. *p. q.* 4. *Illatione* 8. *nu.* 15. Raudensis *in Appendi. de Annalog. num.* 83 Ramon. *cons.* 15. *num.* 5. Soussa *in l. fœminæ, ff. de reg. iur. nu.* 38. Fontanella *decis.* 584. *num.* 26. Larrea *decis.* 54. *num.* 17.

152 De lo dicho se infiere, que la letra expressa, y mente del Fundador de este Mayorazgo, excluye totalmente la reintegracion que pretende la parte contraria, y que no ay conjectura alguna que la persuada: Y quando este punto fuera de calidad que no tuvieramos la letra de dicha Capitulacion a nuestro favor, ni la tuviera la parte contraria, sino que se deviera regular esta materia por las reglas, y disposiciones del derecho, las tenèmos tambien a nuestro favor: Nam linea semel exclussa perpetuo remanet exclussa, ex Castillo *cum multis, lib.* 5.

cap.

*cap.*91. *num.*82. *&* 45. Y aviendose introducido la succession en vna linea, no sale de alli mientras que ay sujetos capazes para succeder, ex Suelves *consf.*95. *num.*4. ni puede estàr la succession in suspenso, Castillo *tom.* 3. *cap.* 12. *num.*103. Larrea *decis.*76. *num.*11. Y si se diera reintegracion de linea primera, estaria suspensa la succesiõ, y se seguiria el inconveniente gravissimo de andar saltando, y vageando de linea a linea con grandissima confusion, sin tomar, ni tener punto, ni regla fija, quod inconveniens considerarunt, Molina *lib.*3. *cap.*5. *num.* 72. Castillo *lib.*5. *cap.* 91. *num.* 63. y seria la pretensa reintegracion contra el derecho habitual, que en falta de los descendientes varones de la linea primera, les adquiriò a los de las lineas siguientes, *argum. text. in* §. *ea quoque instit. de legatis, &* §. *ex conditionali instit. de verb. obligat. l. fin. C. de pactis*, Fussario *de substitut. q.* 272. Larrea *decis.*8. *n.*48. 49. *&* 50. *to.*1. y este derecho habitual no se les pudo quitar el accidente de nacer el Excelentissimo señor D. Iayme, Castillo *lib.*3. *c.*15. *n.*3. *& lib.*5. *cap.* 91. *num.* 12. *& seqq.* Casanate *cons.* 17. *num.* 20. *vers. Ex quibus*, Larrea *d. decis.* 8. *num.* 92. singularmente no aviendose deferido este derecho habitual, con dicciones limitatiuas, *donec*, *quandiu*, *vel quousque*, ex Paciano *cons.* 49. *num.* 57. *&* 58. Castillo *d. cap.* 91. *num.* 8. *col.* 4. *vers. Limitatur.*

153 Y vltimamente, porque la causa de la exclusion de las hembras, y de toda la linea de Don Luis Segundo, fue perpetua, segun la letra de la Capitulacion, y voluntad del fundador, pues la causa fue la conservacion de la agnacion, como lo entendiò V. S. *in processu Don Bernardini de Mendoza*, ibi: *Vnde fœminas in hoc fideicommisso conditionali, non solum suspensas, sed perpetuò ab hu-*

huiusmodi fideicommissi vocatione exclusas censemus; ex quo sequitur, quod cum nullus earum fauor fuerit cõsideratus, non solum ipse, sed earum filij, licet masculi in vim dicti fideicommissi purificati succedere nequeunt cũ eorum mater perpetuo exclusa reperiatur.

154 Y es doctrina celebre de Bartulo *in l. liberorum* 220. *de verb. significat. n.* 14. & 16. ibi: *Quandoque filia excluditur propter fauorem descendentiæ, vel alterius, & tunc sicut excludebatur filia, ita nepos, seu neptis, ex ea, ratio, quia ille fauor durat mortua filia sicut ea viva: De favore alterius pone exemplum in Themate præallegatæ quæstionis, vbi filia excluditur propter favorem filij masculi, certè defuncta filia durat fauor filij, & sic excludit, etiam nepotem ex ea:* Luego si dura la causa de la exclusion de las hembras, muertas ellas, y respecto de sus hijos, y descendientes, no se podrà reintegrar la succession en aquellos, aviendo salido de su linea.

155 El Señor Regente Sesse, no obstante que fue gran defensor de los cognados, en la causa de Don Pedro de Mendoza su sobrino, en esta causa de Yxar, no tuvo razon de dudar, que la causa de la exclusion de las hembras fue la contemplacion de la agnacion con mil clausulas en la Capitulacion de Don Luis Segundo; Y en la *decis.* 308. *n.* 10. y 11. alegado exadverso, no admite reintegracion, pues hablãdo de la exclusion de las hembras, dize, que no buelve la succession a su linea, vna vez excluidas, ibi *Intelligunt tamen, quod admittuntur veniente casu suæ vocationis, nam si eo veniente fuerint semel exclussæ non amplius admittentur, nec earum filij secundum supradictos Doctores Menoch. cons.* 400. *in fine, & cons.* 940. *num.* 51. & 52. *Ex eo, quia fœminæ semel per masculos exclusæ veniente casu successionis, non rever-*

 tun-

tuntur deficientibus maſculis, pro quo allegant Menoch. conſ. 940. Iul. Clarus in §. feudum q. 73. Et in hũc ſenſum dicunt admittendum Molin. Peregrin. Surd. Theſau. & alios, non ſolum, vbi agitur de perpetua excluſione, ſed etiam temporali, nam licet dicant, quod in dictis caſibus non ſunt excluſæ perpetuo, ſed quod aliquo caſu admittuntur, intelligunt non extantibus maſculis in caſu vocationis illarum, nam ſi extarent, an tunc remanerent perpetuo excluſæ? Aſſeverãt ſupradicti DD. verius eſſe, quod amplius non revertuntur, licet impedimentum excluſivum ceſſet in vim illius vocationis, in qua excluſæ ſunt exiſtentia maſculorum, quia tũc ſi alij ſuperſunt maſculi ad eos tranſit ſucceſsio.

156 De donde ſe conoce claramente, que no admitiò reintegracion, pues ora ſea la excluſion perpetua, ora temporal, ſi en llegar el caſo de ſu llamamiento ſe excluyen por algun accidente, ò no llegando el caſo de ſu llamamiento per exiſtẽtiam maſculorum, no buelve la ſucceſsion a las hembras, ni a ſus hijos, y deſcẽdientes maſculos, ſino que toda ſu linea femenina, queda excluìda, y paſſa a otros maſculos: Luego, aũque el Mayorazgo ſea de ſimple maſculinidad, y la excluſion ſea temporal, vna vez excluìdas las hembras, no buelven los bienes a ellas, ni a ſus hijos, ni deſcendientes maſculos, ni a ſu linea femenina, ſino q̃ paſſa a aquellos maſculos, a los quales ſe les ha adquirido derecho habitual, como ſon los maſculos de las lineas ſiguientes, en vna de las quales ſe hallava el Egregio Don Pedro George Fernandez de Yxar, y ſus hijos maſculos.

157 Y en terminos de Mayorazgo de ſimple maſculinidad, y en los que propone la alegacion contraria, y dize, que eſtàmos *num.* 182. no ay Doctor alguno, ni

tex-

texto, ni doctrina, que diga, que aviendo salido la sucession de vna linea, y passado a otra, que ha de bolver a la linea de donde saliò: y asi parece, que esta materia deve regirse por las reglas comunes de derecho, por las quales està la presumpcion del acierto, segun la comun de los DD. que cita Barbosa *in rubr. de regul. iur. in* 6. Y estando dichas reglas a nuestro favor, como se ha fundado, y otras razones, que excelentisimamente pondera en su doctisima, y eruditisima alegacion el moi Ilustre Señor D. D. Ioseph de Leiza y Erasso, aora Assessor dignisimo del Ilustrisimo Señor Governador: y tambien la letra clara, y expressa de dicha Capitulacion, que excluye la reintegracion de linea, parece que por ninguna cabeça se deve admitir.

158 Y si V.S. quisiere ver este punto de la reintegraciõ disputado en terminos de derecho, y resuelto a nuestro favor, consulat Blasium Michalorium *in tracta. de fratribus*, 3. *p. cap.* 10. *nu.* 1. en donde forma esta question, ibi: *Pulcherrima est inuestigatio, an fœminæ semel exclusæ per existentiam masculorum, ipse, vel descendẽtes ab eis, possint amplius ad illam hæreditatẽ redintegrari?* Y despues de aver propuesto los argumentos, y razones de dudar por la afirmativa, hasta el *n.* 23. resuelve por la negativa, alli: *Quibus licet subtiliter à Doctoribus cõsideratis, numquam tamen assentire potuit: ita vt semper existimauerim, non natos, nec conceptos tempore, quo fœmina fuit exclusa non posse, neque ex proprijs personis, nec iure transmissionis petere aliquam redintegrationẽ, nisi quatenus iure communi inspecto succedere possent, vt tenuerunt Decius in cons.* 364. *Ruinus in cons.* 38. *lib.* 3. *Hondedeus cons.* 16. *lib.* 1. *Collegiũ Bononiense cons.* 14. *inter cons. Hondedei lib.* 2. *& alij de quibus infra;*

Non

Non verò ex proprijs personis, quia hoc modo succedunt solùm illi, qui saltem concepti sunt, primumque tenent locum tempore mortis, l. 1. §. si quis proximior, ff. vnde cognati, &c. con otros muchos textos, y Autores que cita. Y en el *num.* 36. funda larguissimamente, quod nec iure transmissionis pueden pedir la reintegracion. Y en el 43. refiere los Autores, q̃ de comun sentir niegan la reintegracion, como son Bart. Baldo, Aretino, Alexandro, Imola, Socino, Gabriel, Decio, Ruino, y otros infinitos, quos congerit numeris sequentibus.

PARTE SEGVNDA.

159 EN esta segũda parte se ha de tratar, y fundar, que la succession de estos estados de Yxar, y Belchite, no se deve regir por las reglas de Mayorazgo ordinario y regular: Porque los Señores Don Rodrigo Sarmiento, y Doña Isabel Margarita Fernandez de Yxar dieron proposicion, articulando, que mucho antes del año 1513. en que se otorgò la Capitulacion Matrimonial de Don Luis Segundo auia vinculos, titulos, ò escrituras, por las quales se fundò dicho Mayorazgo regular, y assi dizen, que D. Luis Primero, no pudo en dicha Capitulacion hazer el Mayorazgo agnaticio, ni de simple masculinidad (aunque ad maiorem cautelam diò proposicion con el Excelentissimo Señor D. Iaime Sarmiẽto) y por el consiguiente, que le falta a mi parte el fundamento de su inclusion: Pero que no se aya fundado tal Mayorazgo regular, se provarà evidentemente discurriẽdo sigillatim por cada vno de los titulos, con que la parte contraria lo esfuerça.

§. I.

§. I.

QVE EL MAYORAZGO DE PRESCRIPcion inmemorial, es quimera.

160 SVponese en hecho, que aunque acerca del asserto Mayorazgo de inmemorial han deposado algunos testigos, ninguno concluye en la forma que se deve provar la inmemorial conforme a derecho, y que en el processo Ioannis Gascon, dixo la sentẽcia, que el tal Mayorazgo de inmemorial, no se podia defender con color alguno, D. Sesse *decis.* 362. *num.* 53. y asi los Advogados de esta causa, absque temeritatis, nota han dicho, que esto no tenia subsistencia alguna, que era figmento, quimera, y ente de razon.

161 En prueva de esto tiene el primer lugar el motivo de la Real Audiẽcia, apud D. Sesse *d. decis.* 362. *n.* 25. el qual responde asi al pretẽso Mayorazgo de inmemorial, ibi: *Restat respondere ad secundum caput de ordinaria, & immemoriali præscriptione, seu consuetudine, quæ defert bona, & detulit semper primogenito per viam maioratus, quod in dubium est à primo donatario, vsque ad vltimum Ducem, & cum nullus masculus reperiatur vltimi Ducis sed sola D. Margarita videtur bona ei iure optimo deferẽda. Ad hoc caput facilior est responsio supponendo primo loco, quod hæc non est, nec dici potest præscriptio, sed solum consuetudo. Ratio est, quia per præscriptionem non potest adquiri ius contra futuros nascituros, & omnes impeditos, & non existentes; Est enim præscriptio pactum tacitum habens duo extrema, vnum agentis, aliud patientis, in cathegoria agere, & pati, & vbi vnum deficit nõ datur præscriptio, si igitur in præscriptione agi-*

 tur

tur de præscribendo iure contra futuros successores non natos, qui sicut consentire, sic nec contradicere valent: ergo non procedet in eis: Præscriptio enim vni adquirit, & alteri aufert in particulari Craueta de antiquit. 4. par. vers. Transeo, num. 21. Quod omne non cadit in subiecto, quod nō est siue actiuæ, siue passivæ, & ita dici solet, quod præscriptio est ius dispositum, consuetudo vero ius disponens Corneus cons. 21. num. 30. in 3. Belamera cons. 10. vers. 3. Et cum secundum Bart. cons. 72. ad inducendam consuetudinem requiratur, quod inducens eam habeat potestatem legis condendæ Craueta vbi supra n. 13. quam semper habuit præsens familia Yxarensium cum in terris suis habeant imperium, & iurisdictionem, Bart. vbi supr. num. 2. & 3. Merito consuetudo dicenda est, & nec huic obstant, quod quando præscribitur contra Vniversitatem, adquiritur ius in vniuersum contra omnes Vniversitatis, præsentes, & futuros, qui nondum sunt, & currit præscriptio. Quia respondetur, quod hic omnes præteriti, præsentes, & futuri repræsentantur per Vniuersitatem, sicuti si essent præsentes, quia Vniuersitas est tota simul omnes comprehendens, & sic non consideratur præscriptio contra futuros, sed contra corpus constans, perfectum ab omni numero, licet per mortem vnius, & subrogationem alterius renouetur, Nos decis. 149. vbi late. Denique extra personas repræsentativas, & corpora ista ciuilia mistica, in particularibus non datur præscriptio cōtra non valentes agere, & quia in conditionalibus non currit præscriptio, vnde merito Doctores omnes eam consuetudinem appellant, quæ est tacitum pactum, & quasi lex tacita potest comprehendere præteritos, præsentes, & futuros, & sicut lex potuisset deferre bona primogenito, sic etiam consuetudo immemorialis supposito, quod sit intro-

du-

ducta debita iuris solemnitate observata, & requisitis, quod nota, quia non inuenies sic declaratum.

162 Es tan cierta, tan elegante, y tan bien fundada la doctrina deste motivo, que Castillo, en la adicion al §. 8. del *cap.* 93. del *lib.* 5. de sus Controversias, le llamò admirable, y la copiò palabra por palabra, haziendo particular adicion de ella al d. §. 8. y dixo, que era conforme a lo que en el §. antecedente auia resuelto, tratando desta misma materia con Garcia de *nobilitate glos.* 12. *nu.* 80. *fol.* 272. donde dixo, que aunque la prescripcion fuera de mil años en bienes de Mayorazgo no podia aprouechar, siguiendo a Baldo, que dixo lo mismo *in l. vnica, n.* 7. & 8. *vers. Præterea, & vers. Quarto revoco in dubium, C. quando non petentium partes, & in cons.* 28. *lib.* 1. y a otros que cita Tiraquello *de iure Primoge. q.* 30. *in fine*, porque el tiempo no puede hazer verdadero successor al que no es, ni aun con mil años, Castillo *d. c.* 93. §. 9. *num.* 2. & 3. Peregrin. *cons.* 28. *ex num.* 10. *vsque ad num.* 18. *vol.* 1. ibi: *Et in specie in præscriptione centenaria, & immemoriali, vt nõ currat non valenti agere scribit Abbas cons.* 101. *lib.* 1. *col.* 3. *& sentit cons.* 22. *lib.* 2. *vbi inquit, non videri silere, qui non potest loqui ad l. eius ff. de adquiren. hæredit sentit clarè Corneus cons.* 43. *nu.* 13. *lib.* 2. *Rub. Alex. cons.* 84 *num.* 6. *Vbi quod præscriptio decursa adversus patrem, item, & adversus filium nõ nocet nepoti, Parisius in terminis cons.* 23 *num.* 193. & 199. *in* 1. & *in cap. auditis ad finem extra de præscript. & in eodem casu inter feudalia Ioan. Bapt. Vincemala cõs.* 1. *num.* 190. *Ioan. Gallicus cons.* 2 *num.* 99 *Vbi in centenaria, & ducentenaria: clare Natta d. cons.* 437. *nu.* 5. & 6. *Rim. jun. qui, & ipse subsequitur cons.* 339 *num.* 142. & *infra Cacheranus in Pedemont. decis.* 177. *per plu-*

plures columnas, & clare Hieronym. Gabriel conſ. 63. *n.* 16. & 17. *vbi ſic voluit, & nouiſsime Canet. in Extrauagant. volentes, §. operæpretium, num.* 10. *Vbi quod in feudis tot currũt præſcriptiones quot ſunt gradus vocatorũ. His addo Crauetam de antiquit. tempor. p.* 4. §. *Materia iſta num.* 68. *Vbi concludit verius eſſe præſcript. centenariam non currere non valenti agere, & ego prius in hanc opinionem conſenſi in tractat de fideicomm. art.* 41. *ſub n.* 16. & 17. & *de iure Fiſci in tit. de præſcript. n.* 17.

163 Nueſtro gran Practico Geronimo Portoles *in tract. de conſortibus*, ſintiò lo miſmo *cap.* 20. *num.* 11. donde dixo, que ninguna preſcripcion podia correr cõtra el ſucceſſor del Mayorazgo, ibi: *Et quemadmodum contra ſucceſſorem maioratus, qui durante vita poſſeſſoris agere nequit nulla præſcriptio obijci poteſt, vt traddit Xuarez allegat.* 3. *in princip. Guido Pap. conſ.* 96. *n.* 9. & *Natta conſ.* 437. *num.* 6. & *ſeqq. vol.* 2. & *Crotus in l. filius fam.* §. *Divi, num.* 146. & *ibi Claud.* & *Alciat. num.* 48. & *Loazes num.* 191. & *Ripa num.* 116. *ff. de legat.* 1. & *id ipſum aſſerunt plerique quorum meminit Pinellus in Authentica. Niſi tricenale num.* 49. *C. de bonis maternis, vbi affirmat ita communiter teneri, quod etiam pluribus relatis profitetur Ludovic. Molin. de Primog. Hiſp. lib.* 4. *cap.* 10. *nu.* 3. & *abunde alios referens hoc ipſum voluit Matienzo lib.* 5. *nouæ recopilat. tit.* 7. *lib.* 8. *Gloſ.* 5. *num.* 35. *fol.* 191. *ita etiam contra conſortes, &c.*

164 Y Larrea *deciſ.* 53. *num.* 23. dize: *Adverſus naſcituros nullam præſcriptionem, etiam immemorialem locum habere, quia eorum deſidia, & negligentia, quæ eſt præſcriptionis ratio argui non poteſt.* Fũdalo en textos expreſiſsimos, ſon la *l. ſervus hæreditarius* 4. *ff. de diverſis,* &

& tempor. præscript. & l. si servus 25. *ff. de stipulat. servor.* con Deciano, Fusario, Barbosa, Peregrino, Mastrillo, Riminaldo, Matienzo, Mēchaca, Raudense, y otros muchos que en lugares puntualissimos tienen por constante, que no se puede prescrivir Mayorazgo alguno contra los no nacidos, quanto quiere inmemorial que sea la asserta prescripcion: ni Molina se apartò de este sentir, antes le siguiò indistinctamente, vt videre est *lib.* 2. *de Primogenijs, cap.* 6. *num.* 22. *& lib.* 4. *cap.* 10. vbi Additionatores *nu.* 10. Salgado *de Regia protect. p.* 1. *cap.* 1. *præludio.* 5. *num.* 338.

165 Aora hemos de ver a cerca de la costumbre inmemorial, que por tener fuerça de lei, puede comprehēder, y perjudicar a los presentes, ausentes, futuros, y no nacidos, y dizen, que puede introducir este asserto Mayorazgo: Si acaso està provado en este processo, que en fuerça de çostumbre inmemorial, y no con otro derecho alguno, ayan sucedido los primogenitos en estos bienes, observando las reglas del Mayorazgo regular, y ordinario? Porque si esto no se prueva en esta conformidad, serà fantasia, el dezir, que en el caso presente ay Mayorazgo de costumbre inmemorial, como sintiò la Real Audiencia in motivo illo apud Sesse *d. decis.* 362. *num.* 27. ibi: *Attamē inter alia requiritur, quod adsint actus, qui concludant sic fuisse observatum in vim consuetudini, ET NON ALIO IVRE, alias enim æquivoca esset prohibitio, & non concluderet, vulgatis iuribus, qui enim vult probare maioratum per solam consuetudinem, debet probare semper solum primogenitum successisse in vim consuetudinis ab intestato, stantibus alijs fratribus qui non successerunt, sed solus primogenitus, aliàs, nihil aget, quia potuit succedere ex testamento, vt hic, ex donatio-*

Nn *tio-*

toine fratrũ, ex capitulis matrimonialibus, & alijs mille causis, & titulis, & non in vim consuetudinis, vt sic in terminis concludunt Doctores, quod hic probatum nõ est, nec potuit iuste probari, nec assignari per testes ratio conclusiva dicti sui, quia non est circa obiectum visus, sed mentis discernere si possidet in vim consuetudinis, vel testamenti, aut alterius tituli, vt sic advertunt Doctores in hijs terminis.

166 Fundòse el motivo en esta parte excelentemente, y en puntualissimas doctrinas, como es la de Mascardo *de probat. conclus.* 430. *num.* 1. *vol.* 1. ibi: *Consuetudinem, quod masculi excludãt fœminas, & frater sororem, si quis voluerit probare, id opportunæ probare poterit ex eo, quod probatum sit masculum, vel fratrem possedisse bona ex causa intestati. Nec vero satis erit simpliciter probare simplicem possessionem masculorum, aut fœminarum, nec quod ipsi masculi excluserint vi illius consuetudinis, nec sequitur, vt dicit Ancharran. cons.* 339. *num.* 8. *in princip. Masculi excluserunt fœminas: ergo probata est consuetudo eas excludendi, & enim potuerunt excludi ex causa testati, quia forte per testamentum masculi essent prælati fœminis, & ita de fratre excludente sororem consuluit Corneus in cons.* 125. *col.* 2. *ad finem lib.* 4. *quæ refert Aymon Craveta cons.* 171. *num.* 14. *vers.* 4. *Pro hac declaratione.*

167 Y qué no baste, que deposen los testigos que de tiempo inmemorial hã sucedido en estos bienes los primogenitos de vno en otro, discurriendo la sucession por las reglas de Mayorazgo regular, y ordinario, sino que es necessario que deposen, que *en fuerça de dicha costumbre, & intestati causa*, han sucedido aviendolo oìdo dezir assi a sus mayores, y mas antiguos, ex Corneo, Celso,

Vgo-

Vgone, Craueta, & alijs; punctim, y en terminos de nuestro caso lo dan por constante Rosental. *de feudis membro* 1. *conclus*. 57. *num*. 17. Avendaño *in l*. 41. *Tauri, glos*. 8. *num*. 3. Afflictis *in* §. *Ducatus de Prohibit. feudi alienat. num*. 12. Ruinus *cons*. 208. *nu*. 2. Ioannes Baptista Costa *cons*. 65. *num*. 12. Roland. *cons*. 2. *num*. 117. *vsque ad* 127. *lib*. 1. Oldrad. *cons*. 237. *col*. 1. Menoch. *cons*. 54. *num*. 37. Surdus *cons*. 34. *num*. 13. Hondedeus *cons*. 31. *num*. 48. *lib*. 2. porque la costumbre se deve provar especificamente, y en el caso individuo, de quo agitur Alex. *cons*. 6. *num*. 1. & ibi Natta *in addit*. *lib*. 5. Curtius jun. *cons*. 26. *col*. *penult*. *vers*. *Ex præmissis*, Gratian. *discept*. *Forens*. *cap*. 79. *num*. 10. *tom*. 1. Valenzuel. *cons*. 4. *num*. 44. & *cons*. 8. *num*. 27. & *cons*. 34. *num*. 163. Ciriacus *controvers*. 377. *num*. 4. & 5. *to*. 2. & debet probari cum omnibus qualitatibus casus controversi, atque in terminis præcissis Surdus *decis*. 87. *num*. 12. & *decis*. 131. *num*. 9. & 10. Rota, apud Farinacium *decis*. 362. *num*. 4. *p*. 2. *nouissim*.

168 Tiberio Deciano *respons*. 51. *num*. 10. & *seqq*. *vol*. 2. dize: *Consuetudinem non probari per testes dicentes talem esse consuetudinem, quia eo casu dicuntur deponere de iure, cum ipsi velint iudicare, an cõsuetudo sit inducta, & testis de iure deponens non probet, cum id non sit deponere, sed iudicare*. Y es buena razon, segun Decio *cons*. 483. Anton. Thesaur *decis*. 183. & *decis*. *Genuen*. 17. *per totam*, Gonzalez *ad reg*. 8. *Cancellariæ glos*. 9. *in Annotat*. *num*. 84. *cum multis seqq*. Y assi, aunque los testigos depusaran, que de tiempo inmemorial avia costumbre de suceder, segun las reglas del Mayorazgo regular, no concluyeran, ni provaran bien dicha costumbre, ni que en fuerça de aquella se gouernara assi la suces-

cessión, porque bien podia aver costumbre en la Casa de Yxar de suceder, segũ las reglas del Mayorazgo regular, (quod absit porque no ai tal costumbre) y ser aquella de dexar los bienes por testamentos, ò otras escrituras, fundando Mayorazgo regular, y tener fuerça el dicho Mayorazgo por dichas escrituras, y no por la costumbre q̃ huuiera de fundarlo en ellas: y consiguientemente no se provaria bien dicha costũbre, pues assi se probava vaga, y generalmente, y no en el caso indiuiduo con todas sus calidades necessarias, ni tendria fuerça de lei, porque dado caso (empero negado) que huuiera tal costumbre de fundar Mayorazgo regular: lo que tendria fuerça de lei, seria la voluntad del fundador que la instituyò, y la escriptura publica de la fundacion, iuxta textum *in l. verbis legis, ff. de verb. sign. cum vulgatis*; pero no dicha costumbre, porque los testigos no pueden calificarla, q̃ seria vsurparse el oficio de Iuez, segun Deciano.

169 Por otra cabeça se destruye manifiestamente esta pretensa inmemorial, y es, porque consta de su principio, como dixo bien el motivo de la sentencia Ioannis Gascon, en este punto, apud D. R. Sesse *d. decis. 362. num. 30. Tandem subvertitur dicta immemorialis consuetudo maioratus, quem in vim illius Advocati D. Margaritæ probare satagunt, quia cum immemorialis dicatur, illaque memoriam hominum excludit, & de cuius initio memoria hominum non datur, quod necessario probari opportet ad illius introductionem, consequitur, quod si de contraria memoria constiterit certa, & indubitata taliter, quod euidẽtissime constet de initio illius, nec possit illud subterfugi, tunc destruetur immemorialis consuetudo, sive præscriptio, destructo, namq; fundamento, omniaque ex eo deduci prætendũt destructa esse*

cen-

censentur, ita Molin. vbi supr. d. num. 64. *per totum, dicens; quod si appareat titulus, ex quo detur immemorialis præscriptionis verum, atque indubitatum initium, etiam vltra centum annos, vel* 200. *iam non dicetur immemorialis, & hoc non solum si adversarius doceat de initio illo, veluti, quia ego articulo à Titio cæpisse præscriptionē, & adversarius probet Titium diuisisse bona libera, corruet immemorialis, quia euidenter falsa apparet, vt tenet, & benè Molina vbi supra num.* 63. *Sed multo fortius, quando probans immemorialem deducet certum, & indubitatum initium illius, nā à fortiori corrueret, quia sua propria probatione resultat, illius exclusio licet sit vltra centum annos, quod ex Innocent. Specul. Anton. & omnibus Scribentibus deducit Molina, vbi supra sic cōponens opiniones diuersas, vt contraria procedat, quando agitur de interrumpenda præscriptione in vim actuum contradicentium, quia si illi sint intra centum annos citra, destruunt, si verò vltra non labefactant eam, quia potest replicare post illos actus bona effecta fuisse maioratus & in hunc sensum est intelligenda cōmunis opinio DD. At in casu præsenti tam ex instrumento ratificationis id constat, quia ibi Don Petrus expresse fatetur à Domino Rege Iacobo bona illa fuisse patri suo elargita, & originē certam, & indubitatam traxisse, quam etiam ex testium depositionibus.* Y mas abaxo dize, que consta esto de las Historias del Reino, de tal manera, que no se puede dudar, ni defenderse la pretensa inmemorial con color alguno.

170 Castillo en la adicion, que hizo al *cap.* 92. al §. 8. refiere este lugar del Señor Regente Sesse verbo ad verbum, y le sigue, diziendo: *quod is author recte statuit,* aprovando tambien la opinion de Molina *d. nu.* 63. *&*

 64.

64 Y diziendo, quod si apparet de titulo immemorialis, etiam vltra ducentos annos, corruet, Gilchenio *de præscript. 3. p. cap. 8. nu. 31.* concluve *Unde si iuris initium investigari possit quamvis illud vltra centum annos sese exeat constabit partem adversam in probatione defecisse*, Alexand. Ludovis. *decis.* 51. dixo ser comũ opinion la de Molina, y Oliverio Beltramino *in addit. ad d. decis.* 51. *& in addit. ad decis.* 298. *annotat.* 1. *n.* 15. la comprueva con muchissimas decissiones de Rota. Y el mismo Luis de Molina, funda su opinion en razon evidentissima a *num.* 64. *circa finem*, ibi: *Sed verius videtur, quod si appareat titulus ex quo detur immemorialis præscriptionis verum, atque indubitatum initium, etiam vltra centum, vel ducentos annos eam iam non posse dici præscriptionem immemorialem, quod probatur euidentissima ratione. Immemorialis, namque præscriptio ea est, cuius origo memoriam hominum excedit, vel de cuius origine non constat, vt superius ostendimus, sed ex hoc titulo datur eiusdem præscriptionis certum, atque indubitatum initium: Ergo sequitur quod ea immemorialis præscriptio dici non possit.*

171 Y este sentir de Molina, y Sesse, en los lugares citados se prueva de textos expressissimos, como son la *l.* 2. § *idem Labeo. & l. hoc iure*, §. *ductus aquæ, ff. de aqua quotid. & æstiva. l. si arbiter. ff. de probation.* y lo tienẽ por certissimos Otalora *de nobilitate* 3. *p. c.* 7. *nu.* 17. Matienzo *in l.* 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Glos.* 5. *num. fin.* Avendaño *in l.* 41. *Tauri, Gloss.* 1. *nu.* 13 *&* 14. ibi: *Quia in eo principaliter consistit, quod nemo recordetur de initio præscriptionis*, Mieres *de maioratibus*, 4. *p. q.* 20. *num.* 229. *&* 230. Ioannes Garcia *de expensis cap.* 9. *nu.* 25. *& seqq.* Caldas Pereira *recept. sentent. lib.* 1. *quæst.* 23. *num.* 110.

Va-

Valenzuel. *conſ.* 46. *num.* 15. *tom.* 1. Additionatores ad Molin. *d. cap.* 6. *nu.* 60. *vſque ad* 64. *verſ. Advertendum*, Sixtinus *de regalijs lib.* 1. *cap.* 5. *à nu.* 156. Puteus *deciſ.* 456. *num.* 2. *lib.* 1. Alex. Raudenſis *conſ.* 2. *nu.* 24. *vol.* 1. Stephan. Gratian. *tom.* 5. *cap.* 918. *ex num.* 39. Menchaca *de ſucceſsionum creatio. lib.* 3. §. 26. *nu.* 125. Caſtillo *d. c.* 93. §. 8. *n.* 48. ibi: *Quo in dubio præmitendũ eſt interpretes noſtros vnanimiter ſtatuiſſe ad eſſentiã immemorialis præſcriptionis requiri, quod non conſtet de initio, aut origine tituli, nec memoria in contrarium exiſtat: atque ita ad immemorialis præſcriptionis probationem requiri, quod probetur, memoriam non extare; nam ſi ex inſtrumento, aut ex teſtibus, vel aliàs legitimè conſtet de initio tituli, ſiue memoria in contrarium extet, non poteſt dici præſcriptio immemorialis.*

172 Sintieron lo miſmo el P. Molina *de iuſtitia, & iure tom.* 2. *diſput.* 76. Ioan. Andr. Georgius *quæſt. feudalium, cap.* 27. & 28. Hondedeus *conſ.* 79. *ex n.* 36. *lib.* 1. Ruinus *conſ.* 63. *num.* 21. *lib.* 1. alij citati à Menoch. *de præſumpt. lib.* 3. *præſumpt.* 108. *num.* 10. Gutierrez *practicarum qq. lib.* 3. *q.* 63. *num.* 10. ibi: *Vltimo, quia cõmunis prædicta ſententia modo relata, quæ habet, præſcriptionem centum annorum eſſe verè immemorialẽ, omnino vera, nec ſecura eſt: multum ſiquidem intereſt inter præſcriptionem immemorialem, & illam centum annorum, vt patet ex Couarruv. in reg. poſſeſſor.* 2. *p.* §. 3. *n.* 6. *& Ioan. Oroſci in l. imperium, num.* 15. *col.* 542. *ff. de iuriſ. omn. iudic. & probat optime alios citans Molina vbi ſupra, nu.* 45. *cum ſeqq.* Firman en lo miſmo Oſaſc. *deciſ.* 101. *num.* 31. y otros infinitos que citan Barboſ. *in cap.* 1. *nu.* 17. *de præſcription. in* 6. Caſtillo *de tertijs. cap.* 27. *num.* 5. y la Rota lo ha juzgado aſsi muchas vezes,

vt apud Farinacium *in posthumis decis.* 14. *num.* 2. *in fine, tom.* 1. *& decis.* 542. *num.* 3. *tom.* 2. ibi: *Verum neque respectu istius qualitatis visum est intrare releuantiam, quia probatio immemorialis non admittitur, vbi cõstat de initio cõsuetudinis, vt in præsenti ex statutis eiusdem Ecclesiæ Ratisbonensis.* Con Molina, Osasco, y Couarrub. y otros: aliasque plures decisiones in idem adducunt Castillo, & Barbosa vbi proxime.

173 En el caso presente, no se puede dudar del principio cierto, y determinado de la pretensa costumbre, ò asserta prescripcion, pues lo reconoce así, y lo confiessa la Señora Doña Isabel Margarita en su proposicion, nõbrando autor, que començò a posseher estos bienes, como fue Don Pedro Fernandez de Yxar el Señalero, nieto del señor Rei Don Iaime el Conquistador, y Don Iuã Fernãdez de Yxar el Primero, llamado el Orador: Aquel la Villa de Yxar, Vrrea, y la Puebla de Yxar, mitades de Belchite, y de la Puebla: Este las otras mitades, y de mas Lugares: y sus descendientes el Lugar de Castelnou, y las casas de Zaragoça: Luego la asserta prescripcion, ò costumbre inmemorial, es quimera sin fundamento.

174 Ni obsta lo que se esfuerça en la contraria alegacion escrita a 15. de Octubre de 1663. *à nu.* 191. *pag.* 101. *vsque ad num.* 206. *pag.* 110. diziendo, que aunque se exhiban algunos instrumentos por su parte en prueva del pretenso Mayorazgo regular, no hieren la inmemorial costumbre, porque mas sirven para corroboracion, que para prueva inductiva de inmemorial, y que aũque se dè principio en la persona de Don Pedro de Yxar, hijo del Señor Don Iaime, se ha de entender respeto de la casa material, pero no en el modo de suceder; porque yà en tiempo del Rei Pelayo, se hizo lei, para que sucediera

por

por via de Primogenitura;y aſsi por la dicha lei, ò por la general coſtumbre de Eſpaña,y tambien de Aragon, ſe ha ſucedido en los Reinos por via de Primogenitura, y Mayorazgo regular:y ſiendo diſmembrados eſtos bienes de laCorona Real,ſe ha de ſuceder en ellos por las reglas del Mayorazgo, de la miſma manera que en la Real Corona.

175 Porque ſe reſponde lo primero, con el Fuero *tit.de teſtamentis Nobilium*, y la autoridad de Molino, *in verb. Primogenitus, fol.* 263. *col.* 4. *verſ. Primogenituræ ius, quod alias dicitur vulgariter el derecho del Mayorazgo non habemus in Aragonia, etiam in domibus Magnatum, Nobilium,Varonum,Militum, & Infantionum, quia in Aragonia quilibet poteſt vnũ ex pluribus filijs hæredem inſtituere, alijs quantum voluerit de bonis ſuis relinquendo,vt in d.Foro vnico,tit.de teſtamẽtis Nobilium.*

176 Lo ſegundo,ſe reſponde,que en la Corona Real milita diverſa,y diferentiſsima razon,que en las Caſas de los Nobles,Caualleros, è Infanzones: Porque alli la ſuceſsion del Reino,y ſu inſtitucion no ſe haze por iluſtrar la familia Regia,ſino por la conueniencia vniuerſal de la Monarquia,y de los ſubditos, Blancas *in tractat. de Regni ſucceſsione cap.* 4. ibi: *Nam in Regno Maſculi non vocantur ob conſervandam dignitatem familiæ Regiæ,ſed propter vtilitatẽ Ciuium,quæ non magis in Maſculis,quam in alijs conſervatur*, idque mira eruditione proſequitur Solorzano *Emblemat.* 12. 13. 14. 15. & 17. pero en la fundacion de los Mayorazgos particulares no ſe mira la conveniencia publica, ſino el ſingular afecto, y interès del Fundador, vt Caſalia propria, & Familiæ in bono ſtatu conſerventur, *ex d. Foro* 1. *de te-*

stamentis, vbi Pertusa, & Fusarius *de substitut. q.* 409. *n.* 7.

177 Lo tercero se responde, que aunque Sueives, cō algunos otros, dixo en el *cons.* 5. *num.* 31. *semicentur.* 2. que en la Corona Real de Aragon se sucede como en el Mayorazgo regular, se engaña notoriamente; lo primero, porque el Reino se gouernò por eleccion desde su principio, como consta de *Molîn. in repertorio, verb. Libertates Regni, & ex Præfat. Fororum.* Y de la carta de Iuan Ximenez Cerdan, que està despues de las Observancias, y de los Fueros que cita Morlanes 1. *p. de la alegacion del Virrei estrangero, num.* 241. & Martin de Segarra *in suis Observant. in cap. origo Libertatum*: y Bages *in Observ. Item de omnibus, de Priuilegio Militis*, es materia esta tan cierta, y tan sabida, que no ay Autor natural de este Reino, ni estrangero, que no lo refiera, como son, Gauberto, Garibai, Zurita, Blancas, Siculo, Hotomano, Sanchez, Illescas, Mariana, y otros infinitos, que recogen Ramirez *de leg. Regia*, §. 4. Casanate *cons.* 53. *num.* 9. Ramona *cons.* 100. *nu.* 317. Morlanes *vbi supr.* y lo confiessa la parte contraria *nu.* 195. de su alegacion.

178 Lo segundo, porque la sucesion, en los Reinos no se defiere por derecho de sangre, ni de Mayorazgo cōsuetudinario, sino por derecho de testamento, y hereditario, como del Reino de Vngria, lo llevarō Iuan Lecirier *in tract. de primogenitura lib.* 3. *q.* 4. *num.* 7. Tiraquell. *de iure Primog. q.* 35. *nu.* 3. Alvarus *in Thesauro Christianæ Religionis, cap.* 54. *nu.* 28. Salon de Pace *in Proœmio legum Tauri, num.* 12. *vers. Maximum est discrimē*, Martinus Laudensis *in tract. de Primogenitura col. fi. propè finem*, Anton. Gomez *in l.* 40. *Tauri nu.* 4. Y hablādo del Reino de Portugal, Emanuel Accosta *in tract. de succesione Regni Portugaliæ, fol.* 150. y otros muchis-

chisſimos, que refieren, y ſiguen Marta *de ſucceſsione legali, p. 3. q. 1. art. 2. num. 55. vſque ad* 60. Michael de Aguirre *in conſilio ſuper ſucceſsione Regni Portugaliæ, p. 1. num.* 104.

179 Pruevanlo evidentemente del *cap. licet 6. de voto*, en donde, tratando el Papa Inocencio III. de priuar al hijo del Rei de Vngria de la ſuceſsion del Reino, por no auer cumplido el voto de ſu padre, dize: *Paterna te reddas ſucceſsione indignum, & emolumento hæreditatis priveris*; de donde infieren bien Ancharrano, el Abad, Franco, Ioan. Monacho, Anania, y otros, quos citant ſupra relati, que el Reino ſe defiere iure hereditario, en tanto grado, que el Rei le puede imponer gravamenes, y cõdiciones a ſu hijo, y en caſo de no cũplirlas, privarlo del Reino, no como a primogenito, ni como a hijo, ſino como a heredero, y ſubſtituir a otro, ex illis verbis textus: *Ne ſi onus tibi à patre iniunctum, & à te ſponte ſuſceptum occaſione qualibet detrectaueris, paterna te reddas, &c.* Y lo miſmo pruevan del *cap. Grandi. de ſupplenda negligentia Prælatorum*, vt videre eſt apud Velaſcum *de iure emphiteutico, q.* 50. *num.* 2. *&* 12. Ioannem Garcia *de expenſis cap.* 16. *num.* 15.16.31. *&* 32. Bald. *conſ.* 271. *in princip. vol.* 1. Purpuratus *conſ.* 18. *num.* 67. *vol.* 1. Lofredus *conſ.* 1. *num.* 63. Socin. *conſ.* 47. *num.* 4. *vol.* 3. & alij apud Martam vbi ſupra.

180 En la Corona de Aragon tiene eſto menos dificultad, ex Alberico *in Prima Conſtitut. Digeſtorum*, §. *Diſcipuli, à n.* 13. *vſque ad* 19 donde dize, que la donacion q̄ el Rei de Aragon haze de los bienes de la Corona Real, no la puede impugnar el hijo, porque ſucede en el Reino, iure hæreditario; lo miſmo dixo *in l. penult. C. de donat. inter vir, & vxor.* hablando del Reino de Aragon,

gon, quem sequitur Oldradus *cons. 94. num. 7. vers. Sed adhuc, vsque in finem.* Y Ancharrano *cons. 339. nu. 5. 7. & 8.* en donde refiere, que muchos Reyes de Aragon hizieron sus testamentos con diferentes grauamenes, y cōdiciones, y que todos surtieron efecto, por averse cumplido aquellas: Bernardinus Gomesius *Archidiaconus Saguntinus in Historia de vita, & rebus gestis, D. Iacobi expugnatoris Regis Aragonum, lib. 20. charta penult. quæ est in tom. 3. Hispaniæ Illustratæ, fol. 564. in principio*, refiere el testamento del Señor Rei Don Iaime el Cōquistador, el qual prefiriò los Varones a las Hembras, fundando vn Mayorazgo qualificado irregular, y agnaticio: Luego no solamente no se ha sucedido en la Corona Real por via de Mayorazgo regular consuetudinario: sino que siendo estos bienes dismembrados de la Corona Real de Aragon por el Señor Rei Don Iaime el Conquistador, no se ha de alterar el modo de suceder en el Estado de Yxar, y Belchite, retorciendo el argumento contra la parte contraria: y asi Don Luis en los Capitulos Matrimoniales, pudo mui bien ajustarse a ordenar la sucesion de la misma manera que la dispuso el Señor Rei Don Iaime en su testamento.

181 Confirmase esto de lo que dize Geronimo Zurita en el *lib. 3. de sus Annales, cap. 30. tom. 5. fol. mihi 154.* hablando de aquel pleito (que se suscitò por muerte del Señor Rei Don Martin sin sucesion) q̃ fue el mayor que huuo en el mundo, donde dize, que si se atendierā las substituciones de los Señores Reyes de Aragon, deuia suceder el Conde de Vrgel, que era agnato transversal del Señor Rei Don Martin, como consta de Zurita, vbi supra: Pero como *in successionibus Regnorum attenditur meritorum prærogativa.* Segun Carlos de Ta-

pia,

pia, *in addit. ad Alvarez, lit. G. num.* 78. y eran grandes los meritos del Señor Rei Don Fernando, por esso se declarò por aquellos nueve Iuezes la sucesion a su favor. Dizelo asi: *A lo de la declaracion que se hizo de la sucesion del Infante Don Hernando, què otra cosa se podia responder, que aver sido permission diuina, q̃ aquel que devia suceder en el Reino, si se tuuiera respeto a las substituciones, y disposiciones de los Reyes passados, què era el Conde de Vrgel, quedasse no solamente excluido, pero perdiesse la libertad, y muriesse en dura prision? Por auer querido proceder tiranicamente, ofendiendo tan grauemente a nuestro Señor; siendo muerto por su causa vn tan gran Prelado, como fue el Arçobispo de Zaragoça; para que sucediesse aquel, que por su singular valor, suma virtud, y bondad merecia reinar.*

182 A mas de que si en la Corona Real de Aragon se sucediera por las reglas del Mayorazgo regular, quando muriò el Señor Rei Don Iuan sin dexar hijos Varones, si solamente vna hija, que fue Doña Violante, deuia esta suceder, y no el Señor Rei Don Martin su tio, hermano del Señor Rei Don Iuan su padre; porque en Mayorazgos regulares, la hija del vltimo possehedor prefiere a su tio, como confiessan todos ad *Molinam de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 10. porque se deue atender la linea de substancia, ex Larrea *decis.* 33. *num.* 68. *&* 69. Atqui, no sucediò en el Reino Doña Violante, hija del Señor Rei Don Iuan, vltimo possehedor del Reino, ni se atendiò a la linea de substancia, sino a la qualificada con los merecimientos de la Corona Real, en la qual se hallava el Señor Rei Don Martin, con la qualidad de agnado, segun consta de la Historia de España de Rodrigo, Sanchez 4. *p. cap.* 26. Geronimo Zurita *vbi supr. & lib.* 11.

cap. 83.87. *&* 88. Illescas *en la Histor.Pontific.lib.*6.*cap.* 19. §. *De los Reyes de Aragon*, Mariana *en la general Historia lib.* 20. *cap.* 4. Pedro Herodio *in tract. rerum ab antiq. Judic. lib.* 5. *tit.* 14. *cap.* 6. Laurentius Valla *lib.* 2. *de Rege Ferdinando*, Raudensis *lib.* 1. *variar. cap.* 37. *num.* 156. *&* *cons.*3. *num.* 5. *lib.* 1. Casanate *cons.* 53. *num.* 9. Ramona *cons.* 100. *num.* 317. Suelves *semicent.* 2. *cons.* 5. *nu.* 31. Pater Vazquez 1.2. *disp.* 64. *quæst.* 19. *art.* 6. *cap.* 3. *num.* 19. Luego en la Real Corona de Aragon no se sucede por reglas de Mayorazgo regular.

183 Y vltimamente se responde, que aunque no fuera cierto, como lo es, que la sucession de la Corona Real de Aragon no se ha governado por las reglas del Mayorazgo ordinario, y regular, importaria mui poco, y nada para el caso presente, que se huuiera sucedido en esta Corona por via de Mayorazgo ordinario, porque auiendose dismembrado estos bienes de la Corona Real, y passado en vna persona particular perdieron las qualidades, y privilegios que tienen los bienes Realencos, y pudo el donatario del Rei disponer dellos ad libitum, como sino fueran, ni huuieran sido de la Corona Real, quia mutatione personæ mutatur status, & qualitas rei. Pruevalo excelentemente nuestro gran Practico Miguel del Molino *in verb. Domini locorum non possunt de Foro exigere, &c. fol.* 106. *col.* 4. ibi: *Dicunt Foristæ, quod semper debet regulari talis locus cum omnibus ibi extantibus secundum naturam, & qualitatem emptoris, seu illius in quem locus transit: Vnde plus dicunt Foristæ, quod si Dominus Rex vendit locum Varoni, Militi, aut Infantioni, talis locus cum vassallis ibi stantibus in omnibus reputabitur, vt locus, & vt vassalli Varonum, & poterunt tales vassalli bene, vel male tractari. Et idem è converso,*

si

si locus Varonis, Militis vendatur, aut alias transeat in Dominum Regem, quoniam talis locus cum vassallis sortientur omnes effectus, vt vassalli Domini Regis: & hoc audiui à senioribus Consilij Iustitiæ Aragonum, & signanter audiui hoc viva voce à M. de la Raga famosissimo viro, qui retulit hoc fuisse determinatum, & practicatum per Iustitiam Aragonum cum magno Consilio in loco de la Almolda, & licet hoc non sit scriptum in Foris, tamen est in capitibus prudentum, & in dicto Consilio dixit mihi dictus M. de la Raga, quod fuit ad istud propositum allegatus textus notabilis in cap. 1. de iure Patronatus lib. 6. vbi dicitur; quod si ius Patronatus laicale transit ad Ecclesiam in omnibus reputabitur, vt Patronatus Ecclesiæ, & idem è conuerso, si de Ecclesia trãseat in laicum: & postea in quibusdam foris antiquissimis reperi vnam apostillam, idem tenentem in tit. Fori æditi apud Exeam in §. item, quod omnes Infantiones, super verb. Frange, lib. 8. fol. 36 quæ quidem Glossa argum. illius, §. tenet idem quod superius dictum est.

184 A esta autoridad de Molino, que le falta mui poco, y nada para deverse observar por Fuero, añadiò Portoles, *num.* 39. *& in verb. Vassalli Domini Regis, n.* 32. que lo mismo procede in viam iuris communis, ibi: *Quæ sententia iure comprobari potest, nam ex mutatione personæ mutatur status rei, vt tradit addit. ad Panormita. in cap. innouamus num.* 4. *lit. C. de censibus, & Joan. Monachus in cap.* 1. *& ibi Probus in addit. de iure Patronatus in* 6. *Castrensis cons.* 8. *vol.* 1. *Aymon cons.* 193. *num.* 10. *Cæphalus cons. fin. num.* 21. *vol.* 4. *Molineus in Consuetudin. Parisiensi, tit.* 1. §. 8. *Glossa* 3. *nu.* 3. *fol.* 120. Tiraquel. *de retract. lignag.* §. 1. *Gloss.* 13. *num.* 12. *fol.* 224. Silvan. *cons.* 9. *num.* 4. *& seq. & cons.* 32. *n.* 16.

&

& 19. Cavalcan. de vsufructu, nu. 163. *fol.* 334. Rolandus *conſ.* 61. *à n.* 5. *cum ſeqq. vol.* 4. Y en el numero ſiguiente infiere reſolucion de eſta propoſicion tan cierta, para diferentes caſos, mui ſemejantes al nueſtro, en los quales, mudando vna coſa de dominio ſe mudan ſus qualidades, ſegun las del ſeñor actual: y aſsi dize Bages *in Obſervant. Item Miles, tit. de ſalva Infantion.* que ſi vna coſa tributaria ſe trãsfiere en vna perſona exempta, ſe muda la qualidad de la coſa, de tal manera, que dexara de ſer tributaria, y ſerà tambien exempta, idque etiam ſequntur Ioannes Gutierrez *lib.* 1. *practicarum, q.* 4. Didacus Perez *in l.* 12. *verb. No paſſe con ſu carga, tit.* 4. *lib.* 4. *ordinament. fol.* 828. como al contrario, el q̃ compra de la Igleſia vna coſa exempta de pagar gavela, mudando de dominio, y transfiriendoſe a perſona laica, que no tenga tal exempcion eſtarà obligado a pagarla, ex Boſio *in praxi, tit. Vectigal qui ſolvere teneantur, num,* 5. *fol.* 695. Dueñas *reg.* 100. *limitat.* 15. Matienzo *lib.* 5. *nouæ recopil. tit.* 10. *l.* 11. *Gloſ.* 4. *nu.* 2. *&* 3. Y en otros caſos proſiguen eſta materia, Paul. de Caſtro *conſ.* 9. *vol.* 1. Iaſſon *in Authent. Quas actiones, num.* 41. *C. de ſacroſanct. Eccleſ.* Panormit. *in cap. dilectus* 3. *n.* 3. *de Præben.* Ioan. de Amicis *conſ.* 18. *num.* 9. Rebuf. *tom.* 1. *fol.* 416. *num.* 2. Natta *conſ.* 311. *num.* 5. *vol.* 2. Ancharran. *conſ.* 116. *num.* 1.

185 Salgado, en el lugar que pondera la alegacion contraria, *num.* 204. hablò como Advogado apaſsionado por el Marques de Cañizar. Conoceſe clariſsimamẽte, porque conſultado, en donde hablò deſapaſsionadamente, ſin mas intereſſe, que averiguar la verdad adhereciò a nueſtro intento, como fue en lo *de Regia protect.* 3. *p. cap.* 10. *num.* 288. donde diſputa, ſi el derecho del Patro-

tro-

tronado perteneciente a la Corona Real fuere donado por algun Rei a alguna persona Eclesiastica, ô secular; si retendrà su naturaleza de Patronado Real? y resuelve, q̃ si la donacion es absoluta, *tunc dubiũ non est, ammittere suam primævam naturam, & variari regularique secundum naturam, & qualitatem donatarij, ex cap. vnico § fin. de iure Patronat. in* 6. alegado por nuestro Practico Molino, & ex Rocho de Curte, Lambertino, Rebuf. Crescencio, Duareno, Didaco Perez, Spino, Mandosio, Covarrub. Flamminio, Parisio, y otros. Y en el *num.* 291. lo comprueva con la paridad de otros casos, con Bartulo, Baldo, Socino, Decio, y otros, quos allegat Tiraquell *in tract. cessante causa à nu.* 217. Decio *in l. in omnibus causis, ff. de regul. iur.* Y en los *nu.* 292. y 293. concluye, dando la razon, ibi: *Moti omnes ea potissimum ratione, quia per variationem, & mutationem personæ, alteretur, & variatur priuilegium: & optime conducunt ad propositum quæ post alios dicit Nicolaus Boerius decis.* 256. *Avendaño de exequendis mandatis* 1. *p. cap.* 1. *sub num.* 21. *vers. Quibus potest accommodari, & seqq. Quibus constat, quod qualitas Regia non transit cum re in priuilegiatum donatarium, vbi plures allegat, & ideo iurisdictio Regis licet non possit vltra immemorialem præscribi, tamen contra priuatum, in quem ex privilegio ab ipso Rege translata est tempore ordinario præscribitur, quod late comprobat.*

186 Concluyo este punto con vn dilema irrefragable, y es: O estos bienes aprehensos, antes de dismembrarse de la Corona Real de Aragon estavan sugetos al vinculo, ò Mayorazgo regular consuetudinario? como lo estava la misma Corona Real, según dize la alegacion contraria: O no estavan sugetos a vinculo alguno, ni afectos al pretenso Mayorazgo consuetudinario? sino lo

estavan, yà sabemos de donde tuvo principio el vinculo de esta Casa, y assi la inmemorial queda destruida, segun las doctrinas arriba alegadas, pues no excede el tiempo de su dismembracion, de la qual tiene su principio cierto, y determinado esta Casa: Si estos bienes, por estar la Corona Real afecta a las reglas del Mayorazgo regular consuetudinario, como parte, y porcion de aquella, antes de dismembrarse estavan tambien sugetos, y afectos al mismo Mayorazgo de la Corona Real; se sigue vna precissa consequencia, que no la confessarà la parte contraria, porque seria incidere in Scillam, y es, q̄ el Señor Rei Don Iaime el Conquistador, no pudo dismembrar estos Lugares de su Corona Real, en perjuizio de los Señores Reyes sus sucessores, a quien pertenecian por el asserto Mayorazgo, iuxta textum *in l. Peto, §. fratre cum similibus, ff. de legatis* 1. Molina *de Hispan. Primoge. lib.* 4. *cap.* 1. *nu.* 2. cum multis vbi Additionatorib. & passim DD. Luego el pretenso Mayorazgo de inmemorial, no se puede defender con color alguno.

187 Menos obsta lo que intenta fundar la alegacion contraria, desde el *num.* 208. hasta el *num.* 220. diziendo, que la respuesta mas calificada para deshazer las objecciones opuestas contra la inmemorial, consiste, en que la inmemorial, ò provanza de instrumentos, y testigos se exhibe para declarar la observancia, y modo de suceder q̄ ha auido siempre en esta Casa; caso, en el qual tienen por constante los DD. no dañar el principio a dicha Observancia interpretativa: y que los DD. alegados por mi parte, hablã en prescripcion introductiva de Mayorazgo, pero no en respecto de la observancia interpretativa, y lo funda esto en los motivos de los dos Señores de la Audiencia, que no hizieron sentencia, aunque votaron

ron

ron la causa del processo Ioannis Gascon, y el motivo q̃ se diò en el processo Galatiani de Vera.

188 Porque se responde lo primero; que segun lo que se ha fundado la inmemorial alegada por la parte contraria, no es para declarar, ò interpretar alguna duda que aya acerca del Mayorazgo regular, ò acerca de las personas que ayan de suceder en virtud dèl: porque esto seria suponerle ya al dicho Mayorazgo establecido, & in esse producto; lo qual es falso, porque lo que aqui se disputa no es, si ha de suceder esta, ô aquella persona en virtud de Mayorazgo regular? Lo que aqui se trata es, si ay, ò no ay tal Mayorazgo regular? Y assi la prescripcion alegada por la parte contraria, es para provar, que mediante dicha prescripcion se ha introducido el asserto Mayorazgo regular, y por el consiguiẽte la inmemorial, no solamente se alega como declarativa, sino como introductiva de Mayorazgo regular: Para ser introductiva de Mayorazgo, se ha de provar cóstumbre inmemorial, y que en fuerça della, se ha sucedido por las reglas del Mayorazgo, muriendo abintestato los de esta Casa; para provar la inmemorial se ha de ignorar su principio, este se sabe cierta, y determinadamente, y no se prueva tampoco, que en fuerça della se aya sucedido: Luego el asserto Mayorazgo de inmemorial es quimera.

189 Lo segundo se responde, que la inmemorial, no solamente es necessaria para la fundacion, è introducciõ de Mayorazgo consuetudinario, sino tambien quando yà està introducido ciertamente; y no se duda de que lo aya, es necessaria inmemorial para que vna linea prescriva contra otra. Dixolo Pelaez à Mieres de *maioratibus*, 4. *p. q.* 21. *num.* 28. & 29. ibi: *Et ista conclusio, quod bona maioratus sunt in prascriptibilia procedere videtur,*

non

non solũ inter extraneos, qui velint vsucapere bona maioratus, sed etiam inter collaterales, & inter illos de familia, qui ordine successivo vocati sunt ad maioratũ; quia vnus in præiudicium alterius vocati non potest vsucapere ius succedendi in maioratu excluso proximiori; quod ratione vrgenti probatur, quia cum ex dispositione l. 45. Tauri defuncto possessore bonorum maioratus continuo transeat in successorem proximum in gradu possessio, tã ciuilis, quam naturalis, quamvis in vita possidentis bona maioratus, ea alij tradiderit, vel alius quispiam occupaverit; vt latius in d.l. cauetur, aparte patet, quod alius, qui non sit proximus, & vocatus ex dispositione maioratus, non potest bona vsucapere, quia cum in proximiore vocato sit vtraque possessio, non solum civilis, sed etiam naturalis, & duo nõ possint in solidum possidere; & alius non proximior nullam habeat possessionem, & sine possessione non procedat, ex reg. sine possessione de reg. iur. cum concordatis in 6. Sequitur euidenter, quod non procedit vsucapio in præiudicium primi vocati ante aliũ, qui bona maioratus occupauit sub aliquo colore.

190 Siguele, y le alaba Castillo *cap.* 93. §. 9. *num.* 1. en donde dize: *Ex quo resultat non sufficere præscriptionem triginta, vel quadraginta annorum, etiam cum titulo, nec centum annorum cum titulo ad præscribendum bona maioratus in præiudicium successorum, quia hæc duo concurrunt quæ præscriptionem impediunt: sufficit tamen immemorialis, quia hæc habet vim tituli, & privilegij, & per eam præsumitur, quod præcesserit facultas, & licentia Regia, aut quod legitime ordo succedendi variatus fuerit, vt latius tradidi §. præcedenti, & notauit Molina lib. 4. d. cap. 10. num. 10. Et hanc rationem in ipsis, etiam in quibus versamur terminis tradidisse videtur Velazq.*

Aven-

Avendaño in l. 41. Tauri, Glos. 1. n. 5. & 6. & 7. Cum enim dubium excitasset num. 3. An in probandis qualitatibus successionis maioratus, siue ad probandum variationem eius sit necessaria immemorialis praescriptio: vt puta si praetenderetur foeminam excludi à masculo ceptam primogeniturae lineam turbando, vel non admitti repraesentationem, novum succedendi ordinem inducendo, vel aliter debere variari successionem, de vna in aliam lineam successorum maioratus: inquit longe veriorem opinionem esse, quod tantum immemorialis iuridice probata sufficiat ad novum succedendi ordinem inducendum.

191 Velazquez Avendaño *in d. l. 41. Tauri Glos. 1. num. 5. 6. & 7.* a quien cita, y sigue Castillo, lo dize con estas formales palabras: *Sed his non obstantibus contrariam sententiam longe veriorem existimamus, & tãtum immemorialem iuridice probatam sufficere credimus ad novum succedendi ordinem inducendum: Ex eo, quod successoribus impeditis agere, quibus nondum venerat dies successionis, vel qui in rerum natura non erant, praescriptio currere non poterat.* Con Paulo de Castro, Parisio, Croto, Molina, y otros. Y mas abaxo concluye: *Et consequenter eam qua praetenditur modum succedẽdi variari debere esse immemorialem constat.* Con Mieres, Decio, Socino, y otros, quos sequitur Pinelus *in d Authent. Nisi tricenale, nu. 49 vers. Ex quo etiam*, Gamma *decis. 93. col. fin. vers. Nec obstare*, vbi Flores Diaz de Mena in *addit. fol. 48.* ibi; *Vltima conclusio, vna linea non praescribit successionem contra aliam, nisi per tempus immemoriale, vt per Velazq. Avedañum, vbi supra: Vnus tamen contra alium pro eius vita praescribit tempore ordinario, vt per Authorem hic.*

192 Y Luis de Molina, que como se ha dicho en

esta materia de Mayorazgos es texto *lib. 1. de Hispan. Primogen. cap. 2. nu. 22. vers. Quod intelligendum est*, lleua lo mismo, pues dize, que la inmemorial costumbre sola, puede admitir otro modo de suceder, que el que està prescripto por las reglas del Mayorazgo, ibi: *Quod intelligendum est, nisi immemorialis consuetudo alium, etiam succedendi modum admisserit: Is namque eo casu conservandus erit*: a quien siguen los Adicionadores, de forma, que no solamente es la que predomina en la introduccion de Mayorazgo la costumbre inmemorial; sino que tambien es vnicamente la que predomina en el modo de suceder en fuerça del Mayorazgo, que yà se supone introducido.

193 De donde se infiere, que en el caso presente, es impossible el aplicar la costumbre, y asserta observancia interpretativa al pretenso Mayorazgo, porque este es necessario suponerle yà formado, y no se ha podido formar è introducir, si no por vna de dos cabeças; ò por la costumbre inmemorial, ò por alguna escritura: Si por costumbre inmemorial, esta no està provada, como se ha fundado: Si por escritura, precissamente se le ha de saber su principio cierto, y determinado; y aun en este segundo caso, como trata de prescrivir vna linea contra otra, segun las doctrinas alegadas, no basta el tiempo ordinario de la prescripcion, sino que es necessaria la inmemorial, y esta es imposible el provarla, constando, como consta por escrituras de su principio, y asi con ningun color parece que se puede defender.

194 Ni obsta la alegacion contraria *num. 220. &* 221. porque con la suposicion que alli haze, de que Don Alonso Primogenito del Señalero, tenia hermanos, y cō lo que funda, de que teniēdo el Primogenito hermanos,

se puede incoar la inmemorial contra eos: confiessa principio cierto, y determinado de la asserta prescripcion en la persona de Don Alonso, y asi con lo mismo que dize se conuence, pues es requisito essencial de la inmemorial ser tan antigua, que se ignore su principio, como se ha fundado.

195 Ni obsta, lo que exadverso se pondera desde el *num* 222. hasta el *nu.* 227. diziendo, que basta, que los testigos digan, que han visto lo del articulo, para la prueva de la inmemorial, pues no estàn obligados a especificar los casos, y personas, si solamente a narrar el hecho desnudo de aver sucedido el Primogenito, con la Rota apud Farinacium *decis.* 369 *p.* 2. *crimin. num* 4. Tesauro, Mascardo, y otros. Porque se responde, que aunque los testigos no tengan obligacion de especificar los casos, y personas, però tienen obligacion de provarla clara, especifica, y concluyentemente, dando razon de sus dichos, que concluya pernecesse, y diziendo, que en fuerça de dicha costumbre ha sucedido el Primogenito por derecho de Primogenitura, Fusarius *de substit. q.* 308. *num.* 58. ibi: *Retenta autem prima opinione advertẽdum erit, quod consuetudo familiæ cum sit facti probanda erit, vt in specie scribunt Guido Pap. cons.* 131. *nu.* 4 *Ruin. cons.* 34 *num.* 10. *in fine, Menoch. cons.* 251. *num.* 19. *Nec sufficeret probare, quod masculi excluserint fœminas simpliciter, nisi probetur, quod excluserint in vim illius consuetudinis, Ancharran. cons.* 399. *col.* 5. *vers. Ad secundam rationem, Ruinus cons.* 208. *num.* 2. *lib.* 1. *Crauetta cons.* 171. *nu.* 4. & *cons.* 226. *col.* 1. & *cons.* 124. *col.* 10. *vers. Secũdo respondeo, quos refert, & sequitur Menoch. d. cons.* 251. *num.* 20. quibus addendus Decius *cons.* 420. *n.* 15. *vers. Vnde licet,* Rota apud Farinacium *decis.* 441. *nu.* 2. *p.* 2.

196 Ni dichos testigos pruevan, que el Primogenito aya sucedido por derecho de Primogenitura, lo qual era precisso, para que concluyeran pernecesse, porque bien puede auer sucedido el Primogenito, y no aver sucedido iure primogenituræ, sed iure hæreditario; en el qual caso es cierto, que no estaria provada la inmemorial, como lo supone la Rota, apud Farinac. *d.decis.* 369. *p.* 2. *criminal.num.* 4.*vers. Ideo non fuit eis;* y assi, diziendo los testigos, que han visto suceder al Primogenito no pruevan, ni concluyen, quia licet sit possibile successisse iure primogenituræ, etiā est possibile successisse iure hereditario, & testis deponens per possibile, nihil probat Practica Conradi, *tit. de Testibus rubr. de dubio dicto nu.* 32. *vers.* 26. Cœphalus *cons.* 77. *nu.* 27. *lib.* 1. Hieronym. Gabriel *cons.* 168. *nu.* 10. *lib.* 2. Bertazolus *cons.* 251. *num.* 26. *lib.* 2. Alexan. *cons.* 76 *num.* 9. & *cons.* 24. *n.* 29. *lib.* 2. Farinac. *de opposit. contra dicta test. quæst.* 68. *num.* 3. & 4.

197 Ni obsta lo que exadverso se dize *num.* 227. & 228. que aunque los sucessores desta causa ayan otorgado diferentes actos, como son, Concordias, Testamētos, Vinculos, y Capitulos Matrimoniales, no consta, que en fuerça de dichos actos, solamente ayan sucedido los que por ellos tenian derecho, puesto que han podido suceder juntamente por la inmemorial, y mas siendo conformes dichas escrituras con la inmemorial: Porque se responde lo primero; que la inmemorial con escrituras, es incompatible, Rota apud Farinac. *decis.* 58. *nu.* 4. *p.* 2. ibi: *Non concludunt immemorialem, tumquia per actus cōtrarios excluditur, vt dictum est, tumquia ea non probatur per scripturas Joan. Andrea. in cap.* 1. *in fine, & ibi Gemin. num.* 16. *Franchus sub num.* 15. *de præscript.* 2. *par.*

pat. 3. partis, q. 6. num. 23. Aymon de antiquit. tempor. p. 4. ver. Materia num. 39. Natta conſ. 636. & ſequitur Rebuf. de decimis, quæſt. 13. num. 97. fuit dictum in vna Burgenſ. decimarum de Scalantes 5. Iunij 1591 coram bon. mem. Orano, & in vna Iullenſ. iuriſdicti. 22. Martij 1596. coram D. Pamphilio, & in multis alijs; ex quibus domini concluſerunt non probari.

198 Lo ſegundo ſe reſponde, que las eſcrituras que han otorgado los ſucceſſores de eſta Caſa, no ſolamente no ſon conformes, ſino que antes bien ſon ex diametro, contrarias a la inmemorial que ſe alega: fundòlo bien el motivo de la ſentencia del proceſſo Ioannis Gaſcõ, apud D. Seſſe *deciſ.* 362. *nu.* 27. *vſque ad* 29 que por ſer tan euidente la razon que aquel fragmento contiene, parece neceſſario el copiarle, y tenerle ante los ojos. Dize aſsi: *Deinde, quia ſi familia Yxarenſium introduxit hunc maioratum per conſuetudinem, vtique omnes de familia id faſsi fuiſſent in re ſibi notiſsima, & atingente ſuum proprium factum, quia nullus melius potuiſſet hanc ſucceſſionem declarare quam eadem familia introducens: Atqui omnes ſucceſſores in ea in varijs inſtrumentis recognoverunt hunc maioratum ex ſcripturis, & hominũ diſpoſitionibus pendere, & emanare, quod probatur, quia in ſententia arbitrali anni 1488. fatentur arbitri bona eſſe vinculata in favorẽ Ludovici primi, & ipſe eam laudauit, & factum arbitrorum eſt factum partium, quod idem fatetur D. Margarita referendo ſententiam: & hoc idem correſpondet poſitioni D. Petri. Deinde in art. D. Petri pupilli 100. refertur quod ſimiliter arbitri dixerunt, quod locus de Belchite, y Popula erant libera, ſine vinculis, vſque ad teſtamentum D. Ludovici primi, quã ſententiam Ludouicus II. nepos D. Guiomaris Enriquez,*

etiam compromittentis laudavit. Deinde Don Petrus el Señalero vinculat de novo loca Ducatus, quod postea in ratificatione refert. Post D. Ioannes Orator facit in suo testamento (licet in solemni) vincula omnino adversa immemoriali maioratus: Post in Capitulis Matrimonialibus Ioannis filij cum D. Catharina de Viamonte ponit vinculum, quod si filius moreretur sine filijs in vita patris donantis, possit pater disponere in bonis ad suum libitum, quid magis contrarium maioratus regularis praescriptioni quam quod possit disponere, prout sibi placuerit? Deinde anno 1485. *Ioan. II. in testamento vult servari circa bona omnia sua omnia vincula posita per patrem in suo testamento: successive Ludovicus II. in suis Capitulis Matrimonialibus cum D. Beatrica de Alagon format maioratum agnationis in amplissima forma, prout etiam in Capitulis Matrimonialibus Ioan. IIII. filij cum D. Elisabet de Espès, idemmet maioratus agnationis formatur excludendo foeminas proximiores contra naturam maioratus praescriptitij quo bona deferuntur foeminae eiusdem gradus, & lineae. Item Ludovicus II. in secundis capitulis matrimonialibus cum D. Hyppolita de Heredia mandat servari pacta, vincula, & conditiones status, & in testamento Ludovici I. disponit, quod servētur vincula patris, & aui facta per eos, atque Ludouicus II. in suo testamento se refert ad vincula domus: ecce quo modo videtur impossibile, quod successio domus huius fuerit in vim maioratus regularis introducti per consuetudinem praescriptam cum omnes de familia apposuerint vincula, & se retulerint ad scripturas, in quibus ea continentur.* Estas mismas escrituras se exhiben en este mismo processo, y aunque muchas dellas son nulas, è insolemnes, pero el nudo hecho con que se ordenaron se cō-

po-

pone, *ex plurimis moribus vtentium*. Veafe aora fi isti mores sunt contrarij, a la pretensa costumbre, porque siendolo, como lo son, totalmente la destruyen, nam cōsuetudo debet ex conformibus moribus vtentium componi, vt cum innumeris, Giurba *ad consuetud. Masan. in Proœm. num.* 15.

199 Ni obsta lo alegado exadverso *nu.* 229. en que dize, que Doña Elena de Yxar Primogenita, deuia ser excluida por el Señor Duque D. Iuan Francisco su hermano, pues segun las reglas de Mayorazgo ha de excluir el varon a la hembra, aunque sea aquel menor, y que tambien devia ser excluido Don Luis III. por ser mentecapto; Porque se responde, que aunque en los Mayorazgos que se fundan en escripturas se acostumbran a excluir las hembras, aviendo Varones de su misma linea, y grado, porque se pueden interpretar con las disposiciones juridicas, y aplicar las reglas de la *linea, grado, sexo, y edad*; Pero en Mayorazgo consuetudinario, y prescripticio, sino se ha prescripto con estas reglas *del sexo*, es imposible el aplicarlas, *quia tantum præscriptum quātum possessum*. Y por ser la prescripcion tan odiosa, y estricti iuris, que no se puede estēder de vn caso a otro, ni de vna a otra persona, vt passim testantur DD. relati à Valenz. *cons.* 166. *num.* 84 *lib.* 2. *&* *cons.* 33. *num.* 218. *&* 219. *lib.* 1. Ciriaco *controvers.* 251. *num.* 47. *tom.* 2. *&* *controuer.* 271. *num.* 11. *&* *controver.* 401. *num.* 26. *tom.* 3. Giurb. *in consuetud.* Mesanenses *cap.* 1. *Glos.* 7. *num.* 31. *&* 35. Noviter Blasius Michalorius *in tract. de fratribus p.* 3. *cap.* 48. *nu.* 54.

200 En el caso presente, no solamente no se ha provado el asserto Mayorazgo con la regla del sexo, y las demas, como se devia provar, para que especificamente

cons-

constarà de consuetudine cum qualitatibus casus controversi, como dizen los DD. que ha de constar: Pero, ni aũ se ha articulado el asserto Mayorazgo præscripticio, con la regla del sexo, antes bien se articula, que sine delectu sexus ha sucedido siempre el Primogenito en esta Casa, como se vè por el art. 2. de la proposicion de los Señores Don Rodrigo Sarmiento, y Doña Isabel Margarita: Luego, segun lo articulado deuia suceder Doña Elena de Yxar Primogenita, y no el Señor Duque Dõ Iuan Francisco su hermano menor: Atqui no sucediò D. Elena, siendo Primogenita: Luego se infiere precissamente vna de dos consequencias: O que devia suceder Doña Elena, segun el articulo, ò la inmemorial, no está provada especificamente cum suis qualitatibus, como era necessario; esto es, con la regla del sexo, y asi de qualquiere suerte se convence ser quimera el pretenso Mayorazgo de inmemorial.

201 Ni a Don Luis de Yxar el III. le obstava para suceder en el pretenso Mayorazgo prescripticio el ser mentecapto, porque aunque es question mui reñida entre los DD. vtrum mentecaptus posit in maioratu succedere? como se puede ver en Molina *de Primogen. lib. 1. cap. 13. per tot. vbi Additionat.* Pero en el Mayorazgo prescripticio, no ay duda, que deuen suceder. Dixolo Molina *d. cap. 13. num. 99.* ibi: *Vt autem hæc omnia dubia cessent Maioratum institutores in Maioratuum institutione addicere solent, quod in eis non succedat furiosus, surdus, mutus, aut cæcus, Monachus, nec Monialis, Clericus, aut Religiosus, &c.* Y en el *num. 100.* prosigue: *Quod si maioratus non ex scriptura, sed ex sola immemoriali præscriptione constet, non est præsumendum in maioratu hanc clausulam adiectam fuisse. Quamvis enim tẽpus*

pus immemoriale præsuponat bona, de quibus agitur esse maioratui subiecta: Maioratumque iuxta sui naturam, atque succedendi consuetudinem institutum fuisse prout supra isto libro cap. 3. num. 2. cum seqq. ostendimus, hæc tamen clausula ex maioratus natura non procedit. Luego si de la naturaleza del Mayorazgo no procede el tener la clausula exclusiva de los furiosos, ô mentecaptos, y no se ha de presumir en el Mayorazgo prescripticio: en dicho Mayorazgo prescripticio deven suceder los furiosos, y mentecaptos: Don Luis III. siendo del primer matrimonio con Doña Beatriz de Alagon, y mayor que el Señor Duque Don Iuan Francisco no sucediò: Luego es argumento euidente, de que no ha auido tal Mayorazgo prescripticio, pues si lo huviera, por la regla de la edad devia suceder Don Luis III.

202 En los *num.* 231. *vsque ad num.* 235. se esfuerça la alegacion contraria a responder al argumento que se le haze con Doña Rafaela de Yxar, hija vnica de Don Iuan el IIII. y excluida por el Señor Duque Don Iuan Francisco su tio, diziendo, q̃ no consta aver sido excluìda Doña Rafaela por dicho su tio, si solamente auer sucedido el Duque su tio, lo qual pudo ser renũciando Doña Rafaela la sucesiõ, y que se deuia provar la causa, por la qual dexò de suceder Doña Rafaela: Y que aunque la question de patruo, & nepote, es mui reñida, pero que mui graves DD. han respondido pro patruo: y vltimamẽte, que no por esso se interrumpiò la prescripcion inmemorial, pues aunque se quitassen los años despues que el Señor Duque entrò a posseer, semper remanebat tempus anterius ad inmemorialem, porque bastan cien años, y aũ quarenta con titulo.

203 A que se responde, ò hablando mas propria-

mente, se replìca lo primero, que la renũciacion, ni otra qualquiere causa dependiente del hecho de Doña Rafaela, por el qual sucediera el Duque su tio, no se presume, *l. in bello* 12. § *facte*, *ff. de captiu. & postlim. reuer.* Menoch. *cons.* 11. *num.* 301. Mascard. *conclus.* 732. *à num.* 1. *cum seqq.* y assi, no es necessario el provarla. Lo segundo se replìca, que el Señor Duque se presume auer adquirido con buen titulo estos bienes, pues consta que los posseyô pacificamente, y de la possession pacifica se presume el auerlos adquirido todos titulo hæreditario, vel alio titulo exclusivo D. Raphaelæ, *arg. l.* 1. *& l.* 2. *C. de repud. hæredit.* Parisius *cons.* 16. *num.* 40. *lib.* 2. Alciatus *de præsumpt. reg.* 2. *præsumpt.* 23. *num.* 2. Alexan. *cons.* 32. *num.* 1. *vol.* 3. *& cons.* 126. *num.* 1. *vol.* 7. Craueta *cons.* 321. *num.* 5. *vol.* 1. *& cons.* 310. *num.* 4. *&* 5. *vol.* 3. Socin. jun. *cons.* 69. *num.* 7. *vol.* 1. Cœphal. *cons.* 56. *num.* 48. *vol.* 1. nam inclusio vnius, est exclusio alterius, *cap. Nonne de præsumpt.* Simon de Prætis *de interpret. vltim. volunt. lib.* 4. *dub.* 3. *num.* 32. *&* 33. Bald. *cons.* 68. *vers. Præterea, lib.* 1. en donde dize, que en las sucessiones, la misma causa que es de la inclusion del vno, es de la exclusion del otro, Mandellus *cons.* 164. *per totum*, Tiber. Decian. *cons.* 64. *nu.* 11. *lib.* 2. Surdus *decis.* 195. *num.* 12. *& cons.* 56. *num.* 2. alios refert Barbos. *Axiomate* 120. *à num.* 1. *& seqq.* Luego la misma causa que le incluyò en la sucession al Duque, le excluyò a Doña Rafaela: De la causa de la inclusion del Duque, no se puede dudar: Luego tampoco de la causa de la exclusion de Doña Rafaela: La inclusion del Duque no pudo ser en fuerça del asserto Mayorazgo prescripticio, estando Doña Rafaela, hija vnica de Don Iuan de Yxar el IIII. y sobrina del Duque, segun Molina *de Primogenijs lib.* 3.

cap. 8 *num.* 10. & 19. Luego el asserto Mayorazgo, es fantasia.

204 Lo tercero se replica, que la question de Patruo, & nepote, està decidida por la antigua, media, y nouissima Iurisprudencia a fauor del nepote, vti erat D. Raphaela, como lo dixo el motivo de la sentencia Ioannis Gascon, *vers. Finaliter*, y està abolida la opinion, que favorecia al tio: y recibida la que defiere la sucessión al nepote por casi todos los Tribunales del mundo, vt videre est apud Molinam *lib.* 3. *cap.* 8. *nu.* 10. & apud eius Additionatores *ad lib.* 3. *cap.* 6. *nu.* 49. Couarrub. *in practicis cap.* 38. *num.* 8. Grammatic. *decis.* 1. *num.* 28. *in fine*, Tiraquel. *de Primogen. q.* 14. *à num.* 3. Ludouicus Bello *cons.* 2. *num.* 57. Reinoso *observ.* 24. *num.* 8. Sousa *in l. fœminæ. p.* 1. *num.* 231. & 237. *ff. de regul. iur.* Salazar *de vsu, & consuetudin. cap.* 12. *num.* 18. Hector Capicius Latro *decis.* 4. *lib.* 1. Valenzuela *cons.* 172. *nu.* 12. Robles *de repræsentat. lib.* 3. *q.* 5. *per totam*, & *q.* 19. *num.* 73. & *seqq.* Velascus *de iure emphiteut. q.* 50. *n.* 10. *in fine*, Gutierrez *lib.* 3. *practicar. q.* 66. Rota apud Blasium Michalorium *post tract. de fratribus decis.* 37. *nu.* 1. Ciriacus *controuers.* 400. *num.* 7. *to.* 2. Aniñon *de successione Regni, cap.* 20. *in fine*, & *apud alios ab eis relatos*; los quales constantemente resuelven, que deve suceder el nepote, excluyendo al tio, segun reglas de Mayorazgo: Luego si Doña Rafaela no excluyò a su tio el Señor Duque Don Iuan Francisco, es argumento evidente, que la sucessión de estos bienes, no se deve regir por las reglas del Mayorazgo regular.

205 Lo quarto, y vltimo se replica, que auiendose de quitar de la pretẽsa inmemorial alegada los años despues que el Señor Duque Don Iuan Francisco entrò a pos-

posseher, segun que por las razones que he ponderado, parece se deven quitar, y desalcar, y a mas de esso el tiempo que ha corrido desde que se moviò la lite por muerte del Señor Duque Don Iuan Francisco, segun requieren los DD. ex Sesse *decis.* 393. *num.* 100. *&* *decis.* 394. *per totam, & decis. seqq. num.* 12. Ludovis. *decis.* 434. *num.* 12. Mastrillis *decis.* 114. *à num.* 48. Rota *in recentis.* Farinac. *decis.* 248. *nu.* 4. *p.* 2. Seraphin. *decis.* 1450. *num.* 2. Suelves *cons.* 9. *nu.* 33. *in centur.* El tiempo en que se moviò este pleito, fue el año que muriò el Señor Duque Don Iuan Francisco, pues por su muerte se susciò, segun confiessan las partes, y consta del processo Ioãnis Gascon, de suerte, que ha que se pleitean estos Estados 51. año; el tiempo que posseyò pacificamente el Señor Duque Don Iuan Francisco, fueron 40. años, segun confiessa el Señor Don Iaime en el art. 22. de su proposicion; de forma, que de la asserta inmemorial, se han de quitar mas de 90. años.

206 Para que los testigos concluyan de la inmemorial, es necessario, que deposen de 40. años de vista, iuxta *Glossam communiter receptam in cap.* 1 *verb. Memoria,* ibi: *Quod semper videtur, &c.* Balbus *de præscript.* 2. *p.* 5. *part. princip. q.* 6. *num.* 34. Molin. *de primog. d. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 31. Couarrub. *in reg. Possessor. p.* 2. §. 3. *nu.* 7. Mascard. *de probat. conclus.* 1038. Molina *de iustitia tom.* 2. *disp.* 76. *num.* 5. Otalora *de Nobilitate p.* 3. *cap.* 7. *num.* 12. Valboa *in cap. ad audientiam, n.* 6. *de præscript.* Franchis *decis.* 56. *nu.* 21. Riccius *collectanea* 233. *vers. Quomodo autem probetur,* & alij relati à Suelves *d. cons.* 9. *nu.* 34. *in cent.* & à Barbos. *in collectan. ad text. in cap.* 1. *nu.* 17. *&* 18. *de præscript. in* 6. De forma, que los testigos que deposan de la pretensa inmemorial sobre

9. años, que se han de quitar de la asserta prescripcion, y que han de tener, para que puedan aver visto suceder por dicha pretensa inmemorial a los padres, y abuelo del Señor Duque Don Iuan Francisco, han de tener 45. años mas de edad, segun los DD. arriba citados, y por el consiguiente, para que prueven, y concluyan, han de tener, y ser de edad de 136. años, y esto por la parte mas estrecha: Aora vease, si los testigos que han deposado acerca la asserta inmemorial tienen esta edad, porque si no la tienen, no se ha provado bien.

207 Concluyo este punto, Señor Ilustrissimo, representãdo a V.S. que la asserta inmemorial, es odiosissima, ex Tiberio Deciano, *cons.* 81. *num.* 18. *vol.* 5. porque es vn refugio iniquo, Riminald. jun. *cons.* 258. *num.* 27. y assi en duda se deue pronunciar contra ella, Beccius *cõs.* 90. *num.* 23. *&* 24. Ciriaco *controuers.* 321. *num.* 81. *lib.* 2. no solamente por ser odiosa, sino tambien, porque los bienes aprehensos, de su naturaleza se presumen libres del vinculo asserto, ò Mayorazgo regular, Mieres *de maioratu* 4 *p. q.* 20. *ex num.* 24. *vsque ad num.* 32. mientras clarissima, y evidentissimamente no se prueva lo cõtrario, Stephan. Gratian. *discep. Forens. tom.* 4. *cap.* 736. *num.* 59. *&* 67. Castillo *lib.* 5. *cap.* 93. §. 10. *num.* 5. y en el caso presente, no se ha provado, antes bien consta ser impossible el verificarse la pretensa inmemorial, y assi le podemos dezir a la parte contraria, lo que al Prior de Rueda le dixo Suelves *in cent. cons.* 9. *num.* 37. ibi: *Et cum Prior Rotensis immemorialis titulum allegauerit, eumque non verificaverit, obtinere nequibit, & si alterum habere constaret, l. Bebius Marcelus* 30. *ff. de pactis dotalibus, late Aymon cons.* 80. *num.* 17. *Menoch. cons.* 199. *num.* 34. *Tuscus tom.* 1. *lit. A. conclus.* 243. *Surdus*

conf. 214. num. 15. Anton. de Virgilio in tractatu de legitimat. personæ in iudicio cap. 3. q. 3. per totam; cuya doctrina canonizò V. S. por su difinitiva sentencia, *die 30. Iulij 1625 in processu Abbatis S. Ioannis de la Peña, super Apprehensione in articulo Proprietatis.*

§. II.

QVE EL ASSERTO TESTAMENTO DEL Señalero, es notoriamente nulo.

POR EL FICTO.

208 SVponese lo primero, que aunque este asserto testamento se impugnò por mi parte en el processo antiguo Ioãnis Gascon, y en los processos de las elecciones de firma, y en este Egregij D. Petri Georgij Fernãdez de Heredia, protestando largamente de vicio, y nulidad contra èl; y aunque en dichos processos se le auian opuesto varios defectos, vicios, y nulidades, que muchos de los insignes Advogados, que hã patrocinado esta causa han ponderado gravissimamente en estos Tribunales, en voz, y por escrito; Pero hasta los años de 1663. y 64. en que yo informè en este Ilustrisimo Tribunal de la Corte, no se auia advertido por mi parte, ni se le auia descubierto vn defecto insanable, y vna herida mortal, de que fallece dicha escritura, sin esperanza de remedio humano, è impossibilitada de tener cabimiento en la regla del tiempo, que todo lo cura, como en la inteligencia de la Real Audiencia la tuvieron los otros defectos: y assi el punto que aora entro a tratar es nuevo en esta causa, por que ni en el processo Ioannis Gascon, ni en los demas se

ha

ha disputado, ni advertido, ni en los motivos de la sentē-
cia de aquel processo ai palabra, que responda, ni insinue la menor respuesta a este defecto, y nulidad: Oxala en aquel processo se huuiera advertido por mi parte, que se tiene por cierto le huuiera sido mas favorable la sentencia: Pero a tiempo oportuno se manifiesta, y descubre, en que puede dar gracias a Dios, que esta causa ha llegado a manos de personas que intrepidamēte, y sin respeto humano, si solo con el de la justicia divina administrarà la humana.

209 Suponese lo segundo, que à 17. de Nouiembre del año 1614. pareciò en Corte Domingo Adrian, como Procurador de la Excelentissima Señora Doña Francisca de Pinòs y Fenollet Duquesa de Yxar, y de los Tutores de la Ilustrissima Señora Doña Estefania Fernandez de Yxar, ante el Señor Lugarteniente Don Iuan Francisco Salazar, y presentò el asserto testamēto, escrito en vn pergamino mui ancho, y mui grande, a fin de insertarlo, y registrarlo en el libro de los Actos comunes de esta Corte, para que dèl se conceda transumpto a quien lo interessare: y llegando el Notario a registrarle sin atestar de su tenor, dize assi: *Occulariter fuit visum, cuius thenor eo modo, quo melius legi potuit sequitur, & est talis, &c.* Y despues de averle insertado, y transumptado, viēdo el Notario, que era impossible atestar de su tenor, porque le faltavan quinze lineas al Registro de dicha escritura, las quales estavan inlegibles por la rotura, y corruscacion del pergamino, lo signa desta manera: *Signū mei Petri Nauarro, &c. qui huiusmodi transumptum supra inserti testamenti à suo originali Regestro Actuum cōmunium, & emparamentorum dictarum Curiæ, & Scribaniæ de anno millesimo sexcentesimo decimo quarto, vbi*

tran-

transumptatum extitit cum suis albis, lineatis, sive barreatis, suprapositis, deletis, & emmendatis, & prout in dicto Regestro iacebat; extraxi, & comprobaui. Constat de emmendatis ob culpam Scribentis, vbi legitur sean, coñ, à, ca, cun, trapo, ò m, t, ju, am. Constat etiam de quindecim spatijs, sive partibus, albis, lineatis, sive barreatis, quæ ita superius existunt, quia in suprainserto originali testamento transumptato tot, & similia spatia, & partes nullatenus legi potuerunt ob vetustatem, corruscationem, & rupturas, pergameni dicti originalis testamenti ab antiquissimo tempore confecti, & meo solito signo signavi.

210 Del hecho deste segundo presupuesto resulta clarissimamente el vicio visible, y la patente nulidad de este pretenso testamento, y tan patente, y manifiesta, que la misma escritura, sin otra alegacion en sus quinze espacios blancos, lineados, y barreados, por inlegibles, està dando mudas vozes, y vivas exclamaciones, de que es impossible, que pueda valer como testamento, porque parece precisso, que para hazer entero juizio de esta escritura, enteramente conste de su tenor, y que se conozca, no solamente de todas sus clausulas, sino que se pesen, y cõsideren hasta sus menores silabas, pues de otra manera constando, como consta, por la atestacion del Notario, q̃ dicha escritura està defectiva, y diminuta, el juizio que della se formara, necessariamente lo avia de ser tambien, y faltando quinze lineas tan largas de vn pergamino tan ancho, y tan grande como es el asserto original del pretenso testamento, no solamẽte en todas ellas, pero en vna sola linea, y en dos solas palabras, puede estar fundada la inclusion de mi parte, y exclusion de la contraria.

211 Suponese lo tercero, que conforme al derecho comun para registrar, exemplar, ò trãsumptar algun instru-

ſtrumento coram Iudice, es neceſſario citar a los q̃ pueden tener intereſſe, en que no valga aquel inſtrumento, *Authent.ſi quis in aliquo,vbi communiter DD. legiſtæ, C. de ædendo,*Bart. *in l.Chirographis de adminiſtrat. tutor.*Angel. *in l.fin. num.* 1. *C. de fide inſtrum. cap. quoniam contra,*vbi Panormit.*num.* 56. Felin.*num.* 51.Decius *num.* 219. *&* 223.& communiter omnes DD. Canoniſtæ *de probationibus,* Couarrub. *practicar. qq. cap.* 21. *à num.* 4. Franciſcus Marcus *deciſ.* 546. *p.* 2. Portoles *in verb.Exhibitio, num.* 6. D. R. Seſſe *deciſ.* 201. *nu.* 27. *&* 35. Aunque en Aragon ai eſtilo, y coſtumbre inmemorial de regiſtrarlos, exemplarlos, ò tranſuntarlos en la Corte del Señor Iuſticia de Aragon ſin citacion de parte,quando dichos inſtrumentos eſtan legibles, y de modo que no aya en ellos ſoſpecha alguna de falſia, como lo ateſtan deſte Reino Rolando à Valle en la cauſa de *Puibolea conſ.* 69. *num.* 60. *vol.* 3. D.Monter *deciſ.* 44. *num.* 13.Cancer *tom.* 3. *variar. cap.* 3. *num.* 236. *&ſeq.* D.R.Seſſe *deciſ.* 187. *num.* 39. *& deciſ.* 201. *nu.* 37. Pareja *de inſtrumentor.ædit. in addition. ad* 1. *tom.pag.* 73. *poſt lineam* 38. *in fine,* 2. *tom.* y no por eſtar regiſtrados, ſe les dà mas fè,que ſe les diera a los miſmos originales, como ſe vè en las eſcrituras priuadas, que aunque eſten regiſtradas,y tranſumptadas,no ſe les dà mas fè a ſus originales,ni por eſſo tienen fuerça de eſcrituras publicas, Portoles *in verb.Exhibitio, num.* 7. *&* 8. Pero quando los inſtrumentos,ò eſcripturas qualeſquiere que ſean,eſtan inlegibles, y defectiuas, de modo, que el Notario no puede ateſtar de ſu tenor,ni ai tal eſtilo, ni tal coſtumbre en la Corte,ni tal coſa ſe ha practicado jamas.

212 Suponeſe lo quarto,que el inſtrumento,al qual le falta alguna parte ſubſtancial de ſu diſpoſicion, y de

tal manera està defectiuo, que no consta, ni puede constar enteramente de su tenor (quidquid sit de alijs solemnitatibus) es nulo, de tal forma, que ni el tiempo puede suplir aquel defecto, ni ai inmemorial que lo pueda sanar. Optime Corneus *conf*. 93. *lib*. 4. Paulus de Castro *conf*. 81. Ramona *conf*. 100 *num*. 25. Mascard. *de probat. conclus*. 1140. *num*. 28. & *concl*. 1317. *num*. 28. ibi: *Limitatur quarto conclusio, vt procedat quidem, quoad præsumendam solemnitatem actus: secus quoad ipsum actũ, quia non præsumitur ex antiquitate, puta si fieret mentio de alio instrumento: non enim præsumeretur, vel si ageretur de præsumptione substantialium tituli*, *Alex. conf*. 50. *col*. 2. *vol*. 5. & *conf*. 179. *col*. 3. *vol*. 6. *Decius conf*. 442. *col*. 4. *in fine, vbi dicit; quod propter temporis antiquitatem additio hæreditatis non præsumitur, sed præsuposita substantia ipsius additionis, ea solemniter facta præsumetur Alex. in l.* Qui *aliena* §. 1. *ff. de adquiren. hæredit. vbi dicit; Hanc præsumptionem solẽnitatis non militare in solemnitate substantiali ipsius actus, quæ respicit iustitiam tituli, quia ea non præsumitur ex temporis antiquitate sequitur* Grammaticus *decis*. 79. *nu*. 14. *Albertus Brun. in tracta. de form. tit. de probat. & præsumpt. formul. & solemnit. adhibit. conclus*. 2. *vers*. *Quarto limitatur, Cacheran. decis*. 173. *num*. 4. *Craueta de antiquitat. tempor. part*. 3. *artic*. 2. *num*. 31. Y no estando lo dispositivo, y substancial de vn instrumento perfecto, entero, y fè faciente, ni con tiempo, quanto quiere inmemorial, no se presumiràn las otras solemnidades, quia cum principale non subsistit, frustra de accessorio queritur, vt in terminis dixerunt Baldus, & Immola *in l*. 1. *ff. de hijs quæ in testamento delentur* Socin. *conf*. 2. *col*. 2. *in principio, vol*. 3. cum alijs adductis per Crauetam de *anti-*

qui-

quit.tempor.d.p. 2. *art.* 1. *num.* 26. Mascard. *d. conclus.* 1317. *num.* 40.

213 Y singularmente no se admiten estas presumpciones de lo substancial, y solemne de vna escritura, que alias podian resultar ex antiquitate temporum, quando se tratan materias de grave perjuizio, Decius *in cap.* 1. *col.* 1. *vers. Non obstat tertio, de fide instrumentor.* Anto. Gabriel *tit. de præsumpt. conclus.* 1. *num.* 53. Tiraquel. *de præscriptionibus*, §. 1. *Glos.* 4. *vers.* 39. Cacheran. *decis.* 173. *num.* 3. Borgninus Cavalcanus *decis.* 46. *num.* 21. Iasson *in l.* 1. *col.* 5. *num.* 15. *vers. Quarto limita, C. Qui admitti, &c. Egregiæ, & mirabiliter* Balbus *de præscriptionibus* 1. *p.* 3. *p principalis, q.* 10. *nu.* 11. & 12. Mascardus *d. conclus.* 1317. *nu.* 27. ibi; *Limitatur tertio conclusio, vt non procedat, quando agitur de magno præiudicio, tunc enim non præsumitur solemnitas interuenisse ex temporis antiquitate quemadmodum declarat Bartolus in quæst. incipiente: Mulier habens amplum patrimoniũ col. vlt. quem refert, & sequitur Alex. cons.* 12. *num.* 7. *vol.* 4. & *cons.* 218. *num.* 5. & *seqq. vol.* 6. & *cons.* 94. *num.* 8. *vol.* 7. No sè yo, que pueda auer, de la Corona abaxo, materia de mas graue perjuizio, que vn Ducado de Yxar.

214 Las solemnidades que se presumen en vna escritura, son las extrinsecas, como son la insinuaciõ, el decreto, la licencia, y otras que se pueden suplir con otros instrumentos, y no consta de dicha escritura que falten dichas solemnidades, como lo fundò excelentemente el Señor Assessor Leiza en su alegacion *num.* 390. & 391. *pag.* 162. con Suelves *cons.* 67. *nu.* 5. y otros Autores, y exemplares: Pero las solemnidades intrinsecas que de su naturaleza ha de tener la escritura, y la perfeccion, y ente-

tereza primordial de su tenor, si por la misma escritura consta per euidentiam facti, que faltã es impossible, que se presuman, Bellacombus *tom.* 2. *commun. lib.* 7. *tit.* 14. *num.* 229, Menoch. *de præsumpt. lib.* 3. *q.* 132. *num.* 79. Peregrin. *de iure Fisci, lib.* 6. *tit.* 8. *num.* 25. Gratianus *discept. Forens. cap.* 268. *num.* 4. Velascus *cons.* 162. *nu.* 20. Caldas Pereira *de empt. & vendit. cap.* 34. *num.* 40. Barbosa *in Pastorali, p.* 3. *allegat.* 95. *num.* 72. *in fine.* Porque esto seria querer con vna presuncion fragil forzejar contra la verdad: Graviter Mascard. *d. concl.* 1140. *num.* 28. ibi: *Dicimus, quod quando apperte, & certitudinariæ constet de nõ solemnitate tam ex priori quam ex posteriori instrumento, & quod nullus de hoc dubitare potest, tunc non obstante diuturnitate temporis non est præsumenda ipsa solemnitas; quia nulla efficacior probatio, quam illa quæ ex euidentia facti constat; alioqui esset dicere falsitatem esse veritatem, & sub hoc sensu voluit Felinus intelligere Ancharranum, & alios quos ad hãc partem adducit*: y seria ceder la verdad a la presuncion, deuiendo ser al contrario, segun buena Iurisprudencia; y assi los Iuezes doctos, y temerosos de Dios, tienen por frivola, y fragil esta presuncion de las solemnidades que resulta de la antiguedad del tiempo segũ Natta *cons.* 172. *num.* 29 *vol.* 1. ibi: *Ista præsumptio ex antiquitate frivola est, & fragilis apud æquos Iudices*, Mascardus *conclus.* 1317. *num.* 42. Caualcanus *decis.* 46. *num.* 21. nam qui se defendit tempore circumventione, vti videtur, segun dize Iustiniano *in Authent. de his qui ingrediuntur ad appellat.* §. *Nollumus.*

215 Y q̃ en nuestro caso no se pueda presumir lo que contenian aquellos espacios blancos, y aquellas quinze lineas inlegibles, y que no sea possible tal presuncion de

lo

lo que alli dispuso el testador, es claro, y llano, porque como la disposicion testamentaria, es hija de la mera, y libre voluntad del testador, el derecho no puede presumir lo que el otro quiso, ni ai sugeto sobre que caiga esta presuncion; nam præsumptio est coniectura probabilis, ex certo iuris signo proueniens, quæ alio non docto pro veritate habetur, *l. siue possidetis, C. de probation. l.* 1. *C. ad exhibendum, l. Quintus Mutius, ff. de donation. inter l. pactum, ff. de pactis*, Alciatus *in tract. de præsump.* 3. *p. in initio*, Mascard. *de probat. & præsumpt. quæst.* 10. *n.* 31. & 34. y lo que el derecho no sabe, y le es incierto no lo puede presumir, *l. idem Pomponius*, §. *fin. ff. de rei vendicat. l. duo sunt Titij, ff. de testamentaria tutela, l. Tutor incertus, ff. eod. l. ita stipulatus, & l. vbi autem non apparet, ff. de verb obligat. l. si sic*, §. 1. *ff. de legatis* 1. *l. cũ post*, §. *gener. ff. de iure dotium*, Hyppolit. de Marsilijs *in rubr. de probat.* Bart. *in l.* 1. §. *si quis in duobus, ff. de bon. poss. secund. tab.* singularmente no pudiendose reducir la disposicion que se ignora a certeza alguna, como en el caso presente, Alex. *cons.* 46. *lib.* 4. Castrensis *cons.* 177. *num.* 2. *lib.* 2. Ancharranus *cons.* 216. *num.* 4. Fulgosius *cons.* 204. *in princip. num.* 1. Afflictis *decis.* 337. *nu.* 10. Anton. Gom. *tom.* 2. *variar. cap.* 11 *col.* 4. Gutierrez *de iuramento confirmatorio p.* 1. *cap.* 69. *num.* 6.

216 Pudieranse en otros casos por la antiguedad del tiempo presumir aquellas solemnidades que el derecho dispone, que intervengan en algun acto, y no consta que han intervenido, ni q̃ han dexado de intervenir, porque entonces, como se sabe yà la solemnidad que devia intervenir conforme a derecho, y ai sugeto cierto sobre que caiga la presumpcion, pueden presumirse por la antiguedad del tiempo como en los casos de la *l. Qui in*

aliena,ff.de adquir.hæredit. de la l.sciendum,ff. de verb. obligat.de la l.si filius,C.de petitione hæred. Y del *cap.peruenit de empt.& vendit.* y en otros que juntan los Autores, que cita Suelves *conf.67. num.* 5. Y el S. R. Sesse *decis.* 362. *à num.* 55. *& seq.* y los que pondera la alegacion contraria desde el *num.* 236. *pag.* 125. hasta el *num.* 247. *pag.* 131. Pero en quinze lineas de pergamino inlegibles, y defectivas, que formaràn vna hoja en quarto folio, que no se sabe lo que contenian, ni lo que alli dispuso el testador, querer que la presuncion de la antiguedad lo supla, seria cosa inaudita, pues no se puede saber, que es lo que alli ha de presumir el derecho, ni ay sugeto sobre que pueda caer la presuncion.

217 Esto supuesto entrarè a ponderar las razones juridicas, y Forales, que claramente manifiestan ser nula esta escritura del asserto testamento del Señalero; y yà q̃ en este vltimo presupuesto he fundado, que la antiguedad del tiempo, no le puede aprouechar, por no dexar este punto de la mano, ha de ser la primera razon, que contra esta escritura he de põderar la misma antiguedad del tiempo, la qual no solamente no le aprouecha, sino que antes bien la destruye: Porque es possible, que si esta escritura fuera testamento publico, solemne, legitimo, y fè faciente, y que si fuera escritura de importancia para regir, y governar por ella la sucession de el Estado de Yxar, compuesto de tantos Castillos, Villas, y Lugares, en trecientos años que dizen que ha que dicha escritura se hizo, se aya hecho tan poco caso della, que aya estado despreciada, y expuesta a las injurias del tiempo, y a que se la comieran los ratones, con tan grave perjuizio de los sucessores del Estado, desde el año 1614. en que se registrò? Esto no es verosimil, ni presumible, porque las

es-

eſcrituras que ſon, ò pueden ſer de importancia ſe tranſumptan, ò regiſtran luego que ſe otorgan, ſin eſperar el caſo de averlas de meneſter, antes bien, ſi paſſa mucho tiempo ſin regiſtrarſe, ò protocolarſe, preſume el derecho contra ellas, y las tiene por falſas, nulas, è indignas de toda fè, y credito. Luego en el caſo preſente, que han paſſado trecientos años, deſde que dizen que ſe hizo, haſta que ſe ha regiſtrado en eſta Corte, mucho mejor preſumirà el derecho, que dicho aſſerto teſtamento es nulo, y falſo, è indigno de poder hazer fè en juizio, ni fuera dèl.

218 Optime Maſcardus *de probat. concluſ. 740. n. 16. vol. 2.* ibi; *Tertio præſumitur falſitas inſtrumenti ex eo, quod ipſum inſtrumentum ſit antiquitus confectum, & recenter regiſtratum ſeu prothocolatum, quia ſi verè cõditum fuiſſet tempore quo confectum apparet, veroſimile eſt, quod eodem tempore fuiſſet prothocollatum, vt probatur per textum in cap. inter dilectos, §. ſecundo quia, & §. rurſus de fide inſtrumentorum, & not. etiam Craueta in conſ. 28. num. 3. & conſ. 134. nu. 36. text. & ibi Abbas in cap. Quia veroſimile de præſumption. Nam ex intervallo, & tarditate arguitur ſuſpicio, teſte Cino in l. 1. C. vt quæ deſunt Advocat. quod, & probavit Federicus de Senis in conſ. 93. factũ quod proponitur, col. 2 poſt medium, Ancharranum in conſ. 234. Caſus talis eſt poſt præceptum, Caſtrenſis in conſ. 289 in cauſa iſta, quinque in princ. & conſ. 282. num. 3. vol. 1. Baldus in terminis conſ. 37. num. 6 lib. 1. Craueta conſ. 75. nu. 9. & conſ. 298. num. 17. ſequitur Deciſio Pedemontana 117. nu. 9. & Franc. de Capitibus Liſte in conſ. 71. num. 15. inter conſ. Crimin. lib. 1. Baldus in l. Scripturæ, circa med. C. de fide inſtrument.*

219 La segunda razon, por la qual este asserto testamento es nulo, es, porque ni se ha registrado, ni se ha transumptado enteramente su tenor, Ciriacus *controuer. Forensi* 52. *num.* 1. *lib.* 2. ibi: *Exemplum enim instrumenti non probat, nisi contineat integrum tenorē, ac omnes partes originalis, nec sufficit simplex fides, Bursatus cons.* 26. *num.* 12. *&* 13. *Card. Tuschus verb. Fides, conclus.* 338. *num.* 1. *tom.* 3. *Ambrosin. decis.* 9. *num.* 7.

220 Covarruvias *in practicis cap.* 21. *num.* 6. ibi: *Quandoque tamen exemplo fides adhibetur nondum viso Prothocolo, nec originali, tunc videlicet quando exemplum reperitur inter acta iudicij, & processus tradductū ab ipso originali apud Iudicem producto per ipsummet causæ Notarium ad integrum originalis tenorem: sic etenim visum est Angelo, & Alexandro in d. Auth. si quis in aliquo documento, &c.* Y despues de auer citado a otros, dize ser esta la comun opinion, ibi: *Ex quibus mihi videtur hæc opinio communis.*

221 Bursato *cons.* 26. *num.* 12. *&* 13. ibi: *Fidem instrumenti non probare, nisi producatur totum, & integrū instrumentum, ea ratione, quia in aliqua eius parte posset extare aliquid, quod faceret pro adversario.* Refert, & sequitur Ciriacus *in alia controvers.* 289. *nu.* 22. *lib.* 2. Y esto es lo que dezimos, que en las quinze lineas que faltan, puede estar la inclusion de mi parte, y exclusion de la contraria.

222 Iustiniano en la Autentica, *hæc Constitutio innouat Constitutionem, &c. collat.* 8. *tit.* 12. *Nouella* 3. *in præfat.* lo prueva con vnas palabras tan elegantes, como textuales, y tan del caso, que abrazan todo el intento, dize assi: *Antiquorum vulnerum obductæ patuerunt iterum cicatrices, & eorum sanitas prouenire nō potuit;*

pro-

probationum scilicet difficultatibus impedita: quoniam per tantum sæculi, magis quam temporis spatium, nec documentis integritas, nec actis fides, nec ætas valet testibus suffragari.

223 Panormitano en el *cap. Inter dilectos 6. in princip. de fide instrum.* dize: *Instrumentum habens sigillum, cuius literæ non sunt legibiles, vel scripturæ deletæ, vel enormem patitur fracturam non probat.*

224 El Papa Gregorio IX. en el *cap. si instrumenta 16. de fide instrument.* dize, que de tal manera se podràn transuntar los instrumentos, si reconocidos con diligencia no se hallaren viciados en alguna parte, ibi: *Si instrumenta propter vetustatem, vel propter aliam iustam causam exemplari petantur: coram ordinario Iudice, vel Delegato ab eo specialiter, præsententur: qui si ea diligenter inspecta in nulla sui parte viciata repererit, per publicam personam illa præcipiat exemplari*: Luego si se hallaren viciados en alguna parte, no se podrân transuntar.

225 Bolognetus *in Addit. ad cons. 27. Joannis de Anania nu.* 8. ibi: *Notarius debet attestari in transumpto, quod nihil ommissit, neque addidit, & quod originale non est viciatum, neque cancellatum, &c.* Todo lo qual falta en nuestro caso, pues el Notario no atesta de su tenor, ni atesta de que estè sin vicio el original, antes de lo cõtrario, pues dize, que està inlegible, y defectuoso.

226 Felino en el *cap. Quoniam contra de probationibus, num.* 51. assentando por regla, que al transumpto se le deve dar fè, dize: *Hanc conclusionem limita dupliciter, prima dummodo registratio sit facta de toto tenore instrumenti, vel de principio, & fine cum clausulis substantialibus: secus esset si simpliciter in actis diceretur productum fuit tale instrumentum emptionis, quod in-*

cipit, & finit sic, quod inuentũ; tunc tenor non est de actis.

227 In syntagmate *commun. opinion. lib. 4. tit. 11. de Tabell. & fide instrument. num.* 151. & 183. se confirma lo mismo, ibi: *Instrumentum integrum producendum est adhoc, vt fidem faciat, nec sufficit, quod clausula instrumenti producatur, alias ea sola clausula non faceret fidem, Bart. in rubr. de noui oper. nunciat. Guido Papa decis.* 383. *in fine.*

228 Rota apud Peñam, *decis.* 633. *n.* 7. ibi: *Praeterea non apparebat de integro tenore instrumentorum, notula enim in dicto libro contenta, cum locum enuntiaret sic.* Item de instrumentum, quod dicebatur esse factum, &c. *Nihil quoad veritatem affirmat, nec poterit propterea dici illud instrumentum donationum fuisse verum, nec donantes in eo assertos fuisse veros patronos, Ruinus cons.* 170. *num.* 5. *lib.* 2. *Casadorus decis.* 4. *nu.* 1. *de probat. & decis.* 7. *num.* 6. *vers. Secundo vero casu de iure Patronatus, Rota decis.* 60. *num.* 2. *de rescriptis in antiq.*

229 Bonifacio Octauo *in cap. cum personæ* 7. *de Priuilegijs in* 6. dize, que el que alega vn Privilegio, està obligado a exibirle enteramente, ibi: *Ostendere, ac ad legendum integraliter exhibere teneantur.* Luego lo mismo deue proceder respecto de qualquiere otro testamẽto, ò instrumento.

230 Barbosa *in d. cap. cum personæ* 7. *num.* 4. confirma lo mismo, ibi: *Et qui allegat tenetur illud integraliter, & originaliter Iudici exhibere, nec sufficit, quod legatur secundum Enriq. in summa lib.* 7. *cap.* 24. *num.* 2. *lit. K. Couarrub. in pract. cap.* 20. *num.* 7. *vbi intelligit quando agitur de Priuilegio exhibendo Iudici, quia tunc opportet, quod totum præsente parte coram Iudice legatur, & Iudici petenti exhibeatur:* A diferencia de

quan-

quando se le deve exhibir, ò mostrar solamente a la parte: que entonces basta enseñarle el capitulo concerniente, vt ita docent supracitati iuxta hanc distinctionem.

231 Gratiano *discept. Forens.cap.* 577. *num.* 24. *&* 25. *tom.* 3. dize, que entonces se le dà fè al transumpto, quando se ha transumptado enteramente el tenor de su original, ibi: *Et cum tale exemplum fuerit authoritate Iudicis supremi cum insertione totius tenoris instrumenti publici, & authentici datur plena fides transumpto, quamvis non exhibeatur originale.* Cita a Felino in *cap. cum in iure* 31. *nu.* 8. *&* 9. *vers. Limita primo, & vers. Secundo limita de officio delegati post* Bart. *in l. eos, §. super his, C. de Appellationibus, & in l. Chirographis* 57. *in princip. ff. de administrat. tutor. iuxta Authent. Ad hæc C. de fide instrument.* y dize, que es sentir de todos *in Authent. si quis in aliquo,* ex Purpurato *ibi num.* 15. Socin. *num.* 4. & alijs quos late Schraderio *de feudis pag.* 10. *sect.* 12. *num.* 18. *vsque ad* 21.

232 La Rota apud Farinacium *decis.* 805. *num.* 1. *in fine, tom.* 4. dize, que no constaua del tenor de vna citacion, por no averse registrado enteramẽte, ibi: *Etenim Notarius asserit Nunciũ retulisse se citasse prout in Schedula illa, tamen non est integræ registrata in actis, & sic non constat de tenore citationis, ex allegatis per Felinum in cap. Quoniam contra sub num.* 51. *de probat. Rota decis.* 55. *p.* 1. *Parisius cons.* 31. *num.* 14. *lib.* 4. *& tenuit Rota in causa Lauretana Bonorum* 28. *Iunij* 1604. *coram bon. mem. Penia, vt in copia quæ data fuit; quod cõfirmabatur ex doctrina Innocentij in cap. cum in iure, n.* 6. *de officio delegati, Angel. in repetit. l. sciendum, nu.* 19. *ff. de verb. oblig. quos, & alios refert, & sequitur Alex. cons.* 6. *n.* 7. *in fine, & num.* 8. *lib.* 4. *plene Boerius decis.* 281. *num.* 6. *& seqq.*

233 La

233 La Rota, apud eundem Farinacium *in posthumis 2. p. decis. 57. nu. 7.* en terminos de testamento, dize: *Denique exhibita tantum fuit particula testamenti, non autem integrum testamētum prout fieri debuerat ad notata in cap. contingit de fide instrument. Romanus cōs. 305. nu. 7. Alexand. in rubri. de noui oper. nunciat, nu 35.* Y assi se pronunciò alli contra el que se valia del testamento diminuto.

234 El Señor Regente Monter *decis. 27. num. 4. & 5.* ibi: *Aliquando exemplo fides adhibetur nondum viso prothocolo nec originali, vt quia exemplum reperiatur inter acta Iudicij, & processus descriptum ab ipso originali apud Iudicem producto per ipsummet causæ Notarium ad integrum originalis tenorē, vt Angel. & Alex. tradunt in loco relato à Couarrub. practic. q. 21. n. 6. quem in omnibus sequitur Minsinger. centur. 6. obseruat. 75. Hocque frequenti vsu in Regno hoc receptum est.*

235 Miguel del Molino *in Repertorio, verb. Censualia, vers. In eodem Foro,* ibi: *Farà fe del testamento, &c. fol. 61. col. 2.* Perifrascando el Fuero vnico de censualibus, hecho en las Cortes de Teruel, propone esta questiō, ibi: *Quæro quid si creditor censualis faciat fidem de clausula testamenti, vbi censuale est sibi legatum, nūquid sufficiet hoc? Licet non exhibeat totum testamentum? Dicunt foristæ, quod non sufficiet. Ex eo, quoniam vna particula testamenti limitatur, & declaratur per aliam: vnde licet per tenorem clausulæ testamenti constet legatum censualis esse purum, tamen per aliam particulam testamenti posset limitari tale legatum, vel potuit conditionari, & etiam tolli, vt notant DD in l. qui filiabus extra de legatis 2. & ibi Paulus de Castro: Ideo totū testamentū est exhibendum: sic fuit per omnes determinatum in Cōs.*

Just.

Iust. Aragon. die 16. *Octobris, anno* 1508. *super quodam censuali Mariæ de Auson vxoris Ioannis Sanchez del Romeral. Vide in lib. Consilij.* Si para vn solo legado que puede ser tan desdichado, que no valga dos dineros, se deue exhibir enteramente todo el testamēto, que serà para vna sucession vniuersal de todo vn Estado, en que se trata materia de tan graue perjuizio? siguele Portoles, con otros, *ibi num.* 8.

236 El Maestro Bartulo en la *rubr. de oper. noui nūciat. num.* 8. despues de aver distinguido entre la edicion que se haze al Iuez, y la edicion que se haze a la parte, dize; *Sed quæro an illa particula faciat fidem, scilicet, quæ producta est si non apponatur? Dic, aut ex eo, quod producitur apparet, quod est particula, vt quia Notarius exemplans expresse hoc dicit, vel est ibi dictio, &c. vel aliqua alia quæ divisionem significet, & non facit fidem, vt d. l. in civile, &c.*

237 Iasson *in eadem rubr. de oper. noui nunciat. nu. etiam* 8. en este mismo punto, dize: *Teneas decissionem Bartoli tamquam Evangelium, quam etiam tenet Ludovicus Romanus hic, & Doct. Anton. in d. cap. contingit de fide instrument.* y distingue excelentemente, como verèmos luego.

238 Suelves *cons.* 25. *num.* 13. *semicent.* 2. lleva lo mismo respecto del testamento, aunque no respecto de los Estatutos, ibi; *Sed quidquid sit in instrumento simpliciter; in volumine tamen Statutorum compertū videtur, quod non est ædendus integer codex, sed sufficit solū Statutum exhibere, quoad rem facit Magister Bartol. in rubric. de oper. noui nunciat. num.* 8. *vers. Item quæro. Optime Iasson omnino vidend. d. rubr. nu.* 8. *Vbi materiam disputat, & varijs rationibus reprobatis veram asignat*

 as-

aſsignat, & eamque Statuta à contractibus, & testamentis distinguit; hoc est, quod in contractu, vel testamento, modificatio in alia clauſula potuit adeſſe: At in Statutis correctio non præſumitur, immo omnnino vitanda, l. ſi quando, C. de inofficioſo testament. &c. Yà la doctrina de Molino, reſponde *num* 11. que habla de teſtamento, que eſte ſe ha de exhibir enteramente, pero el volumen de los Eſtatutos no, por la razon de diferencia ſobredicha.

239 El fuero 2. *de Tabellionibus*, dize: *Statuimus, & ordinamus, quod omnes Notarij Regni Aragonũ postquam receperint instrumẽta in prothocollis, ſeu capi brevibus ſuis, teneantur infra ſex menſes in ſuo registro propria manu complete, & integrè ea ponere.* Eſto es lo que no hizo el Notario de la Corte, que regiſtrò el aſſerto teſtamento, y aſsi procediò nula, y deſaforadamente.

240 El Fuero 2. del miſmo *tit. de Tabell.* repite las miſmas palabras, y deſpues dize: *Liceat reliquos contractus conſimiles, vel quaſi ſcribere, & regiſtrare cum abreviaturis, ſervato tamen, quod ſubſtantia contractus aliqualiter non mutetur: & ſi forte in aliquo prædictorum contractuum, vel conſimilium ſubſtantia facti mutabitur, teneatur Notarius totam illam ſubſtantiæ mutationem regiſtrare.*

241 Entero ſe dize vn inſtrumento, que conſta de todas ſus partes, y no le falta alguna dellas, *l. Nomen filiarum, §. fin. ff. de legatis* 3. *l. decem, ff. de fideicom. libert. l. vnica, C. de ſuffragijs,* Alex. *conſ.* 201. *num.* 7. *vol.* 6. Ruinus *conſ.* 159. *num.* 6. *vol.* 3. Pariſius *conſ.* 116. *num.* 14. *vol.* 1. Ioan. de Amicis *conſ.* 12. *num.* 29. Natta *conſ.* 164. *num.* 9. Roland. *d. conſ.* 27. *num.* 3. *tom.* 4. Menoch. *conſ.* 229. *num.* 10. & *conſ.* 374. *num.* 11. Peregrin. *de fideicom. art.* 3. *num.* 90. Surdus *conſ.* 511. *num.* 7. Ioannes

nes Garcia *de nobilitate, Glos.* 12. *num.* 7. *in fine*, Rota apud Farinacium *in nouissim. decis.* 446. *num.* 1. porque en faltarle algo, por poco que sea, y aunque no falte, si no vna silaba de su disposicion no se puede dezir entero el instrumento, Gozadin. *cons.* 42. *num.* 4. Petrus Enriquez *opusculo* 2. *num.* 25. Menoch. *cons.* 264. *nu.* 26. *& cons.* 918. *num* 3. Rota *decis.* 30. *num.* 10. *p.* 1. *recentis.* Barbosa *dictione* 167. *num.* 1. *vsque ad nu.* 4 *& dict.* 168. Pues como se puede dezir, que el pretenso testamento del Señalero no està entero, y fe faciente, faltādole quinze lineas de su disposicion, en vn pergamino tan grande, que hizieran vna hoja en quarto folio? Esto no parece imaginable que pueda valer.

242 La tercera razon es, porque el Iuez deue juzgar segun el tenor de la carta, *Observant. Item Iudex de fide instrumentor.* ibi; *Debet stare semper, & iudicare ad cartam, & secundum, quod in ea continetur*; enterandose de la verdad del instrumento en todo, y por todo, como dixo la *Observant.* 1. *in fine, de fide instrument.* ibi: *Quod dictum instrumentum in omnibus, & per omnia continet veritatem*, *Observant.* 1. *de equo vulnerato*, Portoles ad Molin. *in verb. Instrumentum*, *à num.* 68. Casanate *cons.* 1. *num.* 25. Suelves *cons.* 17. *num.* 5. *& cons.* 25. *num.* 4. *in centur.* Ramirez *de l. Regia*, § 33. *n.* 11. menos en los casos que expressa, y excepta dicha *Observant. Item Iudex*, de los quales no es, ni puede ser el presente: Luego si el Iuez no puede enterarse de la verdad, ni de lo que la carta contiene por estar aquella inlegible, y defectiva, ni podrà juzgar por ella, ni deve hazer caso de lo legible, quando consta, que ay otra parte inlegible, y defectuosa.

243 Confirmase esta razon, porque la voluntad del

tes-

testador, es lei, *l. verbis legis de verb. significat . l.* 1. *C. de Sacrosanctis Ecclesijs*; y vale el argumento a lege ad voluntatem testatoris, Hyppolitus Riminaldus *cons.* 46. *n.* 41. *vol.* 1. *& cons.* 540. *num.* 4. *vol.* 5. Tiber. Decian. *cons.* 10. *num.* 8. *vol.* 2. *& cons.* 114. *nu.* 8. *vol.* 3. Cœphalus *cons.* 541. *num.* 23. *lib.* 4. Craueta *cons.* 291. *nu.* 5. *lib.* 2. Hondedeus *cons.* 57. *num.* 15. *tom.* 1. Barbosa *loco* 60. *num.* 1. *&* 2. Portoles ad Molin. *d. verb. Instrumentum, num.* 68. *& verb. Fori, num.* 46. Suelves *cons.* 11. *num.* 1. *semicent.* 2.

244 Para juzgar por vna lei se deuen mirar, y considerar todas sus palabras, sus clausulas, y sus silabas enteramente, de suerte, que no basta atender a vna parte de la lei para juzgar por ella, segun el texto expresso en la *l.* 24. *de legibus*, ibi: *In civile est nisi tota lege perspecta, vna aliqua particula eius proposita iudicare, vel respondere.* Y asi tambien del testamento, *l.* 1. §. 1. *ff. Quemadmodum testamenta aperiantur*, ibi: *Neque apud Iudicem exquiri veritas de hijs controversijs, quæ ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognisque verbis testamenti.* San Agustin dize, que vn Sacerdote apenas se puede llamar Sacerdote si ignora alguna de las partes del Missal, y Breviario, *in cap. quis ipsis* 5. 35. *dict.* Luego vn Iuez, que ignora alguna de las partes de vn testamento, ò instrumento, apenas se podrà llamar Iuez de aquel instrumento, ni interponer su juizio sobre èl: y asi como vn Iuez, que no està cierto, y enterado de toda vna lei, y ignora algo de lo que contiene, no puede juzgar por ella, *Authentica de iudicibus in principio collat.* 6. *tit.* 11. *Nouella* 82. Gratian. *tom.* 1. *discept. Forens. cap.* 186. *à num.* 47. *& seqq.* asi tampoco se podrà juzgar por vn instrumento, de cuyo tenor no està

enterado el Iuez, ſino que antes ignora lo que devia cõtener, y no lo cõtiene por eſtar defectiuo, ni el juizio puede ſer perfecto, porque no lo es el inſtrumento defectuoſo, *l. 1. ff. de origine iuris in princip.* ibi: *Sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum eſſe, quod ex omnibus ſuis partibus conſtaret*; y por el conſiguiente parece ſe deve negar la fe al aſſerto teſtamento del Señalero, por la razon del texto *in cap. optatum* 4. 100. *diſt.* ibi: *Quia fidei tuæ paginam minus, quam oporteat, continere reperimus.*

245 La quarta razon es, porque de todo el contexto, y de toda la eſcritura, y diſpoſicion del pretẽſo teſtamẽto ſe deve tomar ſu verdadera inteligencia, Caſtillo *lib.* 4. *controuerſ. iur. cap.* 5. *nu.* 1. ibi: *Ex contextu etiam omnium verborũ ſimul totius ſcripturæ teſtamenti, aut totius diſpoſitionis ſummi, & dignoſci teſtatoris voluntatem, efficacemque coniecturam, & interpretationem deduci l. Meuia, ff. de manumiſſis teſtam. l. nummis ff. de legatis* 3. *& cum Mantica, & Simone de Pratis, Petrus Surdus notauit deciſ.* 210. *n.* 11. *Ludovi. Caſanate in conſ.* 47. *n.* 38. *vbi refert Paulum, Romanum, Ancharranum, Manticam, ita tenentes, Borgninus, Cavalcanus deciſ.* 18. *p.* 3. *num.* 78. 96. 107. 110. *&* 118. *vbi oſtendit quam efficax, & vrgens ſit coniectura quæ ex tenore totius teſtamenti, aut diſpoſitionis poteſt deprehendi.* Y en el caſo preſente es impoſsible, porque entre las ſubſtituciones que haze el Señalero en la aſſerta eſcritura, eſtà lo defectuoſo, ſin poderſe averiguar, neque ex antecedentibus, aut ſubſequentibus, que es lo que diſpuſo alli, ſingularmente en aquellas cinco lineas continuas que faltan.

246 Y aſsi dixo bien Caſtillo *vbi proxime num.* 2. *Idcirco non vnam tantum clauſulam teſtamẽti, aut diſ-*

positionis, sed omnes debemus attente perspicere, vt admonet Baldus in cons. 136. viso testamento, circa mediũ, lib. 3. comprobat Iasson in cons. 140. col. 7. vers. 8. lib. 1. Idẽ Baldus in cons. 184. vers. si qua lib. 3. Simon de Pratis de interpretation. vltim. volunt. lib. 2. interpretat. 2. dubit. 2. solut. 3. num. 215. fol. 256. vbi citat textum in l. Quamvis, C. de fideicommis. in illis verbis: Tamen, quia inferioribus verbis testamenti, &c. Ex quo apparet, quod ex inferioribus verbis testamenti, quid testator senserit, intelligi, & ellici potest: & ita per eum textum annotauit Cardinal. Mantica de coniectur. vltim. volunt. lib. 6. tit. 13. num. 1. Ludouic. Casanat. in cons. 47. num. 36. & 37. Singularmente en el asserto testamento, del qual surgen tan graues questiones, dudas, y dificultades, como son, si los descendientes de Don Alonso, puestos en condicion se entienden llamados, y si lo estàn por substitucion activa, ò passiva, y si lo estàn los de la linea masculina, ò femenina, y otras, las quales, aunque el derecho las resuelve a nuestro favor, pero con vna sola palabra las podia aver declarado el Testador en las lineas que faltã, de modo que no quedarà rastro de duda en el fundamẽto de la intencion de mi parte.

247 Prosigue Castillo *d. num. 2. in fine*, ibi: *Debent ergo testamentorum, & dispositionum omnia verba, & clausulæ omnes diligenter, & accurate inspici, & ponderari; nam ex vnis clarius quam ex alijs colligitur testatoris mens, & voluntas, quod non male comprobat Pratis vbi supra ex num. 229.* Y en el *num. 17.* trae las palabras formales de la *l. Qui filiabus delegatis 1.* y funda, q̃ la vna parte del testamento declara la otra, pues dize el texto: *Qui filiabus legauit, si mentionem in aliqua parte testamenti de posthuma fecit, videtur in filiarum legato*

de

de posthuma sensisse: y expende acerca desto muchissimos textos, y infinitos Autores, que sin discrepancia, lo tienen por constante: Luego no pudiendose pōderar todas las clausulas, y palabras del asserto testamento, por constar que faltan, y siendo possible el estar alli la declaracion de las dudas, y questiones que del resultan, y la inclusion de mi parte, no se podrà formar juizio caual de este asserto testamento, ni se podrà observar, sin exponer se a vn riesgo patente, y manifiesto de adiuinarle al testador su voluntad, y darle vn siniestro, y torcido sentido a su disposicion.

248 La quinta razon es, porque los testadores en este asserto testamento quisieron esto mismo, y que se observara, y cumpliera en todo, y por todo dicho asserto testamento, en aquella clausula: *Ante queremos, & expressament mandamos, que aquest nuestro testamēt sea cumplido en todo, è por todas cosas en pues dias nuestros por nuestros spondaleros de ius escritos, por nos establidos & esleidos, segun que en aquest nuestro testament es ordenado, è contenido.*

249 En esta clausula se manifiesta la perfeccion, y entereza que quisieron los testadores en la observancia, y cumplimiento de su disposicion, porque aquellas diciones, *en todo, è por todas cosas*, important perfectionē, & integritatē dispositionis, § *cum autē* 1. *vers. Per omnia instit. Quibus mod. ius patr. potest. solui.* Bertazol. *de clausul. instrum. claus.* 21. *num.* 1. Hondedeus *cons.* 79. *num.* 99. *tom.* 2. Barbosa *clausula* 67. *num.* 11. y es de tal eficacia, que las partes que cōponen el todo, las iguala, y las haze de vna misma calidad, y naturaleza, *l.* 1. *ff. de legatis* 1. §. 1. *vers. Per omnia*, vbi Iass. & Ripa *instit. de donationib.* Butrius *cons.* 19. *num.* 9. Bertazolus *vbi*

su-

supra,num. 1. Rolandus *conſ*. 67. *num*. 42. *lib*. 3. Riminald. *conſ*. 101. *num*. 46. *vol*. 2. Barboſ. *d. clauſ*. 67. *nu*. 10. no excluye nada, Surdus *conſ*. 412. *nu*.2. todo lo incluye Marta *clauſul*. 62.*num*. 1. Menoch.*conſ*. 220.*nu*. 22. *&* 94. y comprehende lo ſubſtancial, y accidental, Cotta *in memorabilibus verb.Per omnia, pag*. 679. Rota *in Cæſarauguſtana preheminentiarum* 10. *Nouembr*. 1623. *coram Coccino*, Barboſ. *d.clauſ*. 67. *num*. 4.

250 Eſto ſupueſto, el aſſerto teſtamento del Señalero es impoſsible que ſe obſerve en lo legible, y que no ſe obſerve en lo inlegible, y q̃ valga en parte, y por otra parte no valga, porque eſto ſeria coſa monſtruoſa, è inaudita, ſiendo indiuidua ſu forma ſubſtancial, como ſintiò la Real Audiẽcia deſte Reino a 20. de Iunio de 1662. en los motiuos de la ſentencia que ſe diò en el proceſſo *Abbatiſſæ, Monialium, & Conuentus Puriſsimæ Conceptionis Villæ de Epila, ſuper Inuentario*, votos conformes, & me Relatore, ibi: *Sententia namque tunc cadit ſuper re omnino indiuidua, quia non poteſt teſtamentum eſſe ſolemne pro parte, & pro parte inſolemne, neque ſcripta hæredi ſolemne, & verum, & legatarijs inſolemne, & falſum, nec è contra: ſed in totum, & omnibus ſolemne, & verum, vel in totum, & omnibus inſolemne, aut ſalſum*.

251 La ſexta razon es, porque los inſtrumentos en Aragon ſe deuen producir en ſu primer figura, *Obſeruã*. 2. *de probationibus*, ibi: *Item ſi alicui fuit aſsignatus terminus ad probandum ſuam intentionem, infra illud tempus debet producere inſtrumenta in ſui prima figura*. Molino *in verb. Inſtrumentum, verſ. Inſtrumenta debent produci in prima figura, fol*. 185. *col*. 3. vbi Portoles *nu*. 56. 57. *&* 58. D.R.Monter *deciſ*. 27. *nu*. 7. *&* 12. Suelves *conſ*. 4. *num*. 3. *in cent*. La razon de eſta Obſervancia

cia es,porque en Aragon,la produccion de los instrumētos ha de ser real,y no verbal,segun Portol, *d. num.* 56. a diferencia del derecho comun,segun el qual notan los DD. distincion entre la produccion real de los instrumentos,y entre la verbal, vt Bald. *in cap.* 1. *de fide instrum.* Felin. *in cap licet causam, vers. Limita* 5. *de probat.* Decius *cons.* 467. *num.* 15. *& cons.* 539. *nu.* 8. Paris. *cons.* 54. *num.* 16. *vol.* 3. Roland. *cons.* 71. *num.* 29. *vol.* 1. Paulus de Castro *cons.* 247. *num.* 1. Patianus *de probationibus lib.* 1. *cap.* 63. *nu.* 137. Gratianus *discept. Forens.cap.* 1000. *num.* 18. Masinius *in l.* 1. *num.* 78. *in fine,C. de ædendo.*

252 Ora veamos quando se dirà auerse producido realmente vn instrumento, para que se verifique auerse producido en su primera figura, Pareja *de instrum. æditione* 2. *tom. tit.* 7. *resolut.* 6 *nu.* 2. ibi: *Et tunc constat instrumenta dici realiter, & vere producta, quando totus instrumēnti tenor de verbo ad verbum traductus, vel originale producitur in actis, simul cum ipsa productione, & parti adversæ copia productorum decernitur, vt optime consideravit Oliver. Beltrami. in addit. ad Alex. Ludovis. decis.* 59. *num.* 11. Luego el asserto testamento no se puede dezir, que està producido realmente, ni en su primer figura, pues en su primer figura estaua entero, y no le faltava, ni vna letra: y aora le faltan muchas lineas, y mas de vna hoja; de suerte, que està tan diminuto, defectivo, y desfigurado, que no le conoceria el que le hizo: y asi no se le puede dar fè.

253 La septima razon es, porque el Iuez deve juzgar segun los actos processales, *Obseruant. vlt. tit. de re iudicata,* ibi: *Item nota, quod de consuetudine Regni Iudex debet stare dicto Notarij, dato quod faceret fidem de*

 ali-

aliquo actu iudiciario: puta si diceret, ego teneo ad partem iuramenta testium, & tradidi oblivioni, & dimisi, quod ea insererem in processu, vel similia: certe Iudex non debet stare dicto eius: sed solum processui, & secũdum eum iudicare.

254 De esta Observancia, y de lo que dizen Molino in *verb. Iudex debet iudicare secundum quod inuenerit in processu*, vbi Portol. *à num.* 1. D. R. Sesse *decis.* 120. Y Suelves *cons.* 10. *num.* 16. *semicent.* 1. infiere, que se deue juzgar, segun los actos processales, de tal manera, q̃ al Notario Actuario de la causa, que alega algun descuido, y omision propria de insertar algunos actos en el processo, no se le deue creer, sino antes bien estar al processo, y presumir que la parte no ha exhibido otros, ni mas documentos, que los contenidos en processo, de tal suerte, que lo que no està en processo, es como sino estuviera en el mundo.

255 Assentada esta proposicion Foral se aplica, diziendo, que el tenor del asserto testamento del Señalero, no es de los actos processales, porque no està producido de verbo ad verbum, como era necessario, y à assi no se puede juzgar por èl. Optime Maranta *in praxi Iudic. p.* 6. *actu* 10. *num.* 3. ibi: *Quando aliquis producit instrumentum in iudicio, & non facit illud registrare in actis de verbo ad verbum, sed solum Notarius scribit in actis: Die tali, &c. talis produxit vnum instrumentum Procurationis, vel debiti, vel aliud simile, quod incipit sic, &c. & finit sic, &c. & eius tenor non apparet extensus in actis, puta quia producens retinuit sibi instrumentum penes se, tunc verum dicit Innocent. & Bald. quod sola productio est de actis, & non tenor instrumenti, ex quo tenor non reperitur in actis, & dato, quod Notarius fecerit*

rit de eo mentionem,quod viderit, non tamen in hoc illi creditur,vt notat Alex. conf. 6. col. 2. in fine, in 4. vol. & per Modernos in Authentica, si quis in aliquo, C. de ædendo. Siguele Pareja *de instrum. ædit. tom. 2. tit. 7. resolut.6. num. 21.*

256 Y en el *num.* 23. hablando de la *l. 3. tit. 5. lib. 4. recopilat.* que dispensò en algo la entereza de la edicion respecto del dia, y Consul, dize Pareja: *Hodie apud nos attendenda neutiquam est, vbi instrumenta integræ æduntur cum die, & Consule hac solemnitate abrogata cum ab Aula recesserit, vt tradit Azeuedus, &c.*

257 Y Azeuedo *in d. l. 3. recopil. num.* 12. dà la razon, ibi: *Et ita vtitur, & practicatur in iudicijs quotidie, & iure optimo, vt veritas patefiat præsertim cum cõtra instrumenta ad sint, & alia quam plura obiecta, alia quam falsitatis, puta quod non sint publica, neque Authentica, vel sunt abrassa, simulata, & alia plura contineant relata per Ferraram vbi supra in forma opp. contra instrum. Glos. 1. cum quatuor sequentibus, & sic practica in hoc dispositionem nostri textus, & similium aboleuit.*

258 Pareja *d. resolut. 6. num.* 24. pondera muchos absurdos que se seguirian de no producir enteramente los instrumentos, y cita a Maranta *d. 6. p. actu* 10. *nu.* 2. en el qual dize: *Præterea si in tenore instrumenti esset aliquod verbum faciens contra producentem, & in fauorẽ adversarij non posset adversarius eo vti pro se, quia non est de actis, quod est contra Not. per Glos. & Modernos in l. 1. §. Æditiones, ff de ædendo, cuius doctrinam alios congerens approbavit Azevedus in d. l. 3. tit. 5. lib. 4. recopilat. num. 13. & 14. Vbi resolvit, quod instrumentum productum fidem facit tam contraproducentem, quã con-*

contra adversarium ex eo, quod effectum fuerit commune. Esto es al pie de la letra, lo q̃ se pondera por mi parte, que en aquellas lineas que faltan, puede auer alguna palabra, que haga contra el producente, que es el Excelẽtissimo Señor Don Iaime, y le excluya de su pretension, incluyendo, y fauoreciendo al Illustrissimo Señor Conde de Belchite, por ser su efecto comun, y hazer fè tanto à fauor del vno, como del otro; y assi a este asserto testamento, constando, como consta, que està defectivo, no se puede dar fè.

259 La octaua razon es, porque quando consta, q̃ vna escritura està defectiva, è imperfecta, se deve suplir con legitima provanza su imperfeccion, y defecto, y de otra manera, no puede valer. Optime Castrensis *cons.* 195. *circa princip. vers. Nunc est videndum, lib.* 1. *quem sequitur* Cardinal. Tusch. *lit. O. conclus.* 174. *nu.* 4. *to.* 5. ibi: *Quando oratio est incerta, & imperfecta, & illud, quod debet suppleri omnino est incertum, quia non valet ex defectu perfectæ intentionis non declaratæ, habetur pro non dispositione, nam supplere volens scripturæ, illud, quod non reperitur scriptum diuinare est Corneus cons.* 97. *Primo consultus num.* 5. *vers. Tamen inhærendo lib.* 1. Y siendo como es incierta, y dudosa la disposicion del Señalero, por estar defectiva, de tal manera, que ni de lo antecedente, ni de lo subsiguiente, se puede colegir, ni conjecturar, que es lo que quiso disponer en aquellas lineas continuadas que faltan, precissamente parece, que ha de ser nula, nam in certitudo rei viciat quamcumque dispositionem, *l. idem Pomponius,* §. *fin. ff.* de *rei vendicat. l duo sunt Titij, ff.* de *testament. tutela, l. tutor incertus, ff. eodem tit. l. ita Stipulatus, l. vbi autem non apparet, ff. de verb. oblig. l. si sic,* §. 1. *de legatis* 1. *l. cum post,*
§.

§ *gener.ff.de iure doti*. §.*incertis inst.de legatis*, latè Marsilijs *in rubr.C. de Probat.num.* 354. *cum seqq.* Alexan. *cons.* 46. *lib.* 4. Barbosa *cum alijs, Axiomat.* 119. *nu.* 1.

260 Y que el defecto de vna escritura, quando consta, que lo ai, se deua suplir con provanza legitima, lo prueva bien la *Observant. Itē si Notarius de probation. facien.cum carta*, ibi: *Item si Notarius qui scripsit processum accusetur, dicendo contra eum, quod processus est defectivus, pro eo, quia non possuit aliquas rationes, quas aliqua partium dicebat se proposuisse; & Notarius negat, statur semper dicto Notarij, nec testes admittuntur ad probandum defectum, nisi essent testes conscripti in processu. Et si in processu testes conscripti non sint, non admittuntur alij testes: Sed statur dicto Notarij. Nisi forte factū esset recens, & pars vellet probare defectum processus per testes, qui tunc cum proposuit rationes essent in Curia.*

261 Mas para la ponderacion de esta observancia, se deve suponer primero, que no habla en caso, en que el Notario fuere acusado criminalmente por falsario, ni en caso, en que el processo se rearguya de falso: si solamente en caso, en el qual, en el mismo processo se le increpa, y reprehende al Notario de su omission, y descuido en poner las razones que la parte alegò, que en este caso, y con esta distincion, entienden dicha observancia Molino *in verb. Notarius actitans processum*; Y el Señor Reg. Sesse *decis.* 120. *num.* 13. *tom.* 2.

262 Lo segundo se supone, que quando no consta por los medios legitimos, y forales, que el processo està defectivo, porque el Notario lo niega, y no ai provanza Foral para conuencerle, se deve presumir por el Notario, y que no ha tenido descuido alguno, sino que el processo està entero, con todos los documentos, y razones

que ha producido, y alegado la parte, y assi se entiende bien dicha observancia, quando dize: *Quod si Notarius negat, statur semper dicto Notarij*; porque supone el caso, en el qual no ai provanza legitima, y Foral, que deshaga la presumpcion que assiste a la negatiua del Notario.

263 Suponese lo tercero, que auiendo probanza legitima, y Foral del defecto, y omision del Notario, como lo es la de los testigos escritos en el processo, y la de qualesquiere otros que se huuieren hallado en la Corte, siendo el hecho reciente, que es la que prescrive, y establece dicha observancia: se deve admitir, y provar dicho defecto, para que el Iuez haga meritos de lo que devia poner el Notario, y se descuidò de poner en el processo, y el juizio sea caual, y entero.

264 Lo quarto se supone, que para que se prueve la omision, y defecto del Notario, no basta que lo deposen vaga, y generalmente los testigos, sino que es necessario que perfecta, clara, y especificamente deposen de todo el tenor entero de las razones que alegò la parte, y omitiò el Notario, Aymon Craueta *cons.* 75. *num.* 26. Baldus *cons.* 22. *punctus quæstionis vertentis*, *col.* 7. *lib.* 4. Alex. *cons.* 33. *col. fin. vers. Et etiam tertius testis*, *lib.* 3. *per text. cum Glos. in l. huius, ff. de infamibus*, Immola *cõs.* 44. *vol.* 4. Mascard. *de probat. quæst.* 6. *num.* 72.

265 Esto supuesto, parece que prueva el intẽto dicha observancia; porque, ò consta del defecto por los testigos processales, y la provanza Foral que establece: O no consta del defecto: Si cõsta, se deve suplir, deposando los testigos clara, y especificamente las diligencias que hizo la parte, y omitiò el Notario: Sino cõsta del defecto, por no presumirse, por no ser el hecho reciẽte, y por no auer provanza legitima, y Foral, se presume el processo integro,

gro, y no ay que suplir: Pues si en vn processo, cuya formacion consta de tantas diligencias, tantos enantos, tantas escrituras, y documentos otorgados por diferentes personas, tan diversos, que no tienen dependencia los vnos de los otros; porque si vnas diligencias son nulas, las otras pueden valer; si vnos documentos son nulos, otros pueden subsistir; si vn testigo no cõcluye, otro puede concluir; no obstante esso, quiso la lei, y la observancia, que el Iuez conociera enteramente del processo, y se enterara de la verdad: con quanto mayor razon se deue enterar el Iuez de la verdad de vna escritura tan delicada como vn testamento, cuya disposicion es efecto de vna cõforme voluntad, a la qual no se le puede dar fè en parte, y en parte dexarsela de dar, sino q̃ se le ha de dar credito en todo, ò en nada, pues lo que en vna parte dispuso, lo puede en otra corregir, declarar, limitar, añadir; de forma, que si la vna parte se executa sin consideracion de la otra, no se cumple con la voluntad del testador, sino que antes bien se contraviene a ella.

266 Es consequente a esto, lo que dize Molin. *in verb. Copia, vers. Copia integra processus, fol. 77. col. 2.* q̃ para proseguir las elecciones de firma, se deue hazer fè de la copia entera de todo el processo en esta Corte, y q̃ de otra manera no son los greuges proseguibles, ibi: *Secus est quando eligens prosequtionem iurisfirmæ gravaminum factorum habet probare, & deducere gravamina in firma contra Fori, quoniam tunc opus esset sibi producere copiam totius processus, & non partis ipsius. Nam si tota copia integra processus non producatur, non possunt prosequi grauamina, & talis est practica, & cõsuetudo Regni, & hoc fuit per omnes determinatum in Consilio Iustitiæ Aragonum in mense Ianuarij, anno* 1470. *in facto Petri Cerdan.*

267 Y Portoles, ſobre eſte lugar de Molino *nu.* 4. dize: *Molin. hoc loco aſſerit, quod is qui in electione iuriſfirmæ copiam integram proceſſus non produxerit, grauamina vlterius proſequi non poterit: quæ ſententia iuri cõſentanea eſt, nam oportet appellantem omnia acta producere, nec ſufficit, ſi inſtrumentum ſententiæ contra ſe latæ adducat, vt concludenti ratione contra Guidonem, & Aufredum, quos citat ita reſolvit Aymon conſ.* 273. *nu.* 5. *& Vantius de nullitat. ſentent. cap. A quo, & quibus modis num.* 21. *& Guid. conſ.* 77. *num.* 50. *& late Gabriel tit. de Appellat. concluſ.* 5. *Guido deciſ.* 436. *num.* 8. *Et quamquam pro, & contra multa adducit Oſaſcus deciſ.* 13. *per totam, & Neuiſa, conſ.* 93. *Socin. conſ.* 24. *nu.* 20 *&* 26. *vol.* 1. *Tamen opinio Molini hoc loco verior de iure eſt, vt ſentit idem Molin. infra in hoc verſic. in fine, & in verſ. Die ſexta Septembris, fol.* 78. *col.* 1.

268 Y aſsi reſuelve Molino, que el Notario, que ſaca la copia del proceſo deue ateſtar en la ſignatura, quod extraxit *à toto ſuo originali*; y q̃ ſino lo ateſta aſsi, ſe puede impugnar, y no ſe le deve dar fè, *in d. verſ. Copia integra in fine*, ibi: *Et debet dici in ſignatura à toto ſuo originali proceſſu: Et vidi impugnari quamdã copiam proceſſus ex eo, quod Notarius qui eam extraxit non dixit in ſignatura à toto ſuo originali proceſſu; ſed dicebat, qui huiuſmodi copiam à ſuo originali proceſſu, &c.* Y le ſigue Portoles, con otros, *in d. verb. Copia, num.* 8. *&* 9. Y el exemplar que cita Molin. *in d. verſ. Die ſexta Septembris*, lo confirma: Luego mucho mejor ſe podrà impugnar la copia de vn inſtrumento, en cuya ſignatura no ſolamente no ateſta el Notario, que la ha ſacado de todo ſu original, ſino que antes bien ateſta, que ha ſido impoſſible el ſacarla de todo ſu original, por eſtar aquel inlegible,

ble,y defectivo: y assi tambien parece impossible el hazer merito, ni caudal de dicho asserto transumpto, ni original.

269 La nona razon es, porque la fè de vn testamento es indiuidua, no puede darsele credito en parte, y en parte no darsele, la obligacion de cumplir, y executar la justa voluntad del testador es indiuisible, porque deuiendose presumir, que lo que el testador dispuso en todas aquellas lineas inlegibles fue justo, no ai mas razon, porque se aya de executar lo dispuesto en vna parte, y lo dispuesto en otra, no se aya de cũplir, y assi, ò se le ha de dar fè, y cũplir en todo, ò no se le ha de dar fè, ni executar en nada: para executarse en todo, es necessario darle fè, y saberse todo lo que contiene; esto es impossible: Luego lo es tambien el q̃ parte alguna del asserto testamẽto valga.

270 Prueva excelentemente el intento la *Observant. Item si plura capitula, tit. de fide instrumentor.* en donde el testamento, que no se verifica, ò advera en vn capitulo, aunque en los demas capitulos se verifique, serà nulo, y vicioso en todo, ibi: *Item si plura capitula, vel articuli sint in testamento, vel quolibet alio instrumento; & in vno articulo non fuerit adveratum, totum habebitur pro non adverato, & totum viciabitur, licet in alijs dicant testes, vel executores, quod sit verum:* y no es, ni puede ser otra la razon, que por ser su fè individua, como lo dixo el motivo de la sentencia que se diò *in processu Abbat. Monial. & Convent. Pur. Concept. Villæ de Epila, super Inventario*, en la Real Audiencia, que yà se ha ponderado arriba: El asserto testamento del Señalero, aunque se verificara en otros capitulos; en los inlegibles, y defectivos, es impossible que se verifique: Luego en todo deve ser nulo.

271 Y aunque dicha Obſervancia *Item ſi plura capitula*, eſtè derogada reſpecto de los contractos, y otros inſtrumentos por el Fuero *vnico de Adveratione inſtrumentorum*: pero no lo eſtà, reſpecto del teſtamento, como lo advirtiò bien Molino *in verb. Adveratio proceſſus, verſ. Adveratus 2. fol. 8. col. 4.* ibi: *Sed dices tu dictus Forus vnicus de adveratione inſtrumentorum Reginæ Mariæ non loquitur, niſi in adveratione inſtrumentorum, & contractuum, & ſic nō videtur corrigere dictam Obſervant. Item ſi plura, niſi quoad adverationē inſtrumentorum; Non autem, quo ad adverationem teſtamentorum. Et ſic videtur, quod etiam hodie ſi teſtamentum redarguatur de falſo in pluribus capitulis ipſius, & in vno capitulo non fuerit adveratum, quod totum habebitur pro non adverato.*

272 Portoles tiene por indiuidua la fè de qualquiere iuſtrumento. Y ſobre eſte lugar de Molino *in verb. Adveratio, num. 27.* dize ſer eſta la mas comun, mas frequente, y recibida opinion, ibi: *Frequentius tamen receptum fuit inſtrumentum in parte dumtaxat adveratum, in totum falſum reputari, neque quoad partem adveratam ſuſtineri poſſe, vt patet ex DD. ſupracitatis, & ex Felino in dicto cap. fraternitatis, num. 16. de hæreticis, vbi profitetur hanc opinionem communiter receptam eſſe, quod etiam teſtatur Diaz reg. 348. quæ incipit inſtrumenti falſitas, Caſane. conſ. 44. nu. 28. Boerius deciſ. 254. num. 6. Bellon. conſ. 65. num. 10. & 13. Ioan. Gratian. reg. 186.*

272 El Senado de Saboya, apud Fabrum *lib. 4. tit. 16. C. de fide inſtrum. definit. 29.* decidiò eſte punto elegantemente, ibi: *Alij magis probant, vt ſi falſitas ſit circa tale quid quod ad ſubſtantiam actus pertineat, non circa*

ca quæ ſunt accessoria, corruant cætera quoque capitula quantumvis ſeparata, & æque principalia. Quæ ſententia verior ſane videtur, cum totius instrumēti fides vna & individua ſit, in quo rerum genere vtile per inutile vitiatur.

274 Y aunque el aſſerto teſtamento del Señalero, tēga, y ſe componga de diferentes capitulos, no por eſſo dexarà de ſer indiuiduo, porque como dize Angelo *conſ.* 304. *viſa dicta ſcriptura per totum: Plura capitula ſeparata dicuntur individua, quando omnia loco vnius habētur*, porque individuo ſe dize todo aquello, quod pendet ab eodem facto, Bart. *in l. Aurelius,* §. *idem quæſit, ff. de liberat. legata, & conſ.* 159. Abbas *conſ.* 44. *lib.* 1. Bald. *conſ.* 437. *in fine lib.* 3. etiam ſi contineat plura capitula ſeparata Paulus de Caſtro *in l. ſi ex falſis, C. de fide inſtrumentorum; Vbi actus nullus quando continet indiuidua, licet nullitas ſit circa vnum capitulum, tamen actus erit totus nullus propter connexitatem indiuiduam, Gloſ. in cap. accuſationis, verb. Iudicari de hæreticis,* Abbas *in cap. Conſtitutus de reſcriptis, & in cap. cum inter de re iudicata ad finem,* & ibi Felin. *num.* 6. *&* 7. & idem Felin. *in cap.* 1. *limitat.* 3. *eod. tit.* Alex. *conſ.* 143 *n.* 3. *lib.* 7.

275 El aſſerto teſtamento del Señalero, depende de vn contexto individuo, de vn ſolo animo conforme, y deliberado de teſtar, de vna ſola teſtamenti faccion, de vna indiviſible diſpoſicion, cuya accion es vna, cuya voluntad a vn miſmo tiempo, no puede ſer, y dexar de ſer, cuya deliberacion depende de vn ſolo punto: Luego el aſſerto teſtamento como individuo, no puede dexar de valer en la parte inlegible, y valer en la legible, ſino que en todo ha de valer, ô ſino puede valer en todo, no ha de valer en parte alguna; Porque aunque ſe componga de di-

diversos capitulos separados, omnes loco vnius habētur, y cōstituyen vn individuo; pues no se dirà bien, que ai tātos testamentos como capitulos, que aunque aliàs se pudiera dezir, que ai tantas estipulaciones como cosas estipuladas, y tantas sentencias como capitulos en vna misma sentencia, & sic similiter, pero en los testamētos corre diferente razon, y es porque vno no puede morir con muchos testamentos, como capitulos, que esto seria mōstruosidad, sino que todos sus capitulos componē vn solo testamento, cuya fè es individua: y asi lo ha de ser tābien su execucion, y cumplimiento: de tal manera, que si a algun capitulo no se le puede dar fè, ni cumplimiento a su disposicion, ni saberse lo que aquella contiene, a ningun otro capitulo se le podrà poner en execucion por la regla vtile per inutile in individuis viciatur.

276 Es copioso, y excelente el lugar de Castillo *lib. 4. controuers. cap.* 21. *num.* 16. en donde dà la razon, porque el testamento imperfecto ratione volūtatis, no vale, que es el caso de la *l. si quis cum testamentum, ff. de testamentis*; y aunque el caso de aquel texto, que ilustra, y expende largamente Castillo, sea diferente del nuestro; pero la razon en que funda su resolucion, y la que milita en nuestro caso, es vna misma: dize pues, *in d. num.* 16. *Id autem vel ex eo evidentius quoque constabit, quod vera, & fundamentalis ratio d. l. si quis cum testamentū: quare inquam testamentum imperfectum ratione voluntatis non valeat, in eo consistat; Ex quo, & Aiora observatio concludenter evincitur, & communis corroboratur sententia (in vtraque enim tam particulari, quam vniversali dispositione æqualiter locum obtinet, & militāt:) videlicet, quod testamentū (vt in proposito eiusdem Doctores enunciant) est quid individuum, cuius qui partem*

fe-

fecit, nihil fecisse videtur, cũ non possit valere pro parte, l. furiosum, vbi Gloss. & communiter Scribentes, C. qui testamenta facere possunt Baldus in l. si veritas, num. 3. C. de fideicommissis, & in l. testamentum, num. 4. C. de testamentis, Decius cons. 532. n. 5. Petrus Surdus cons. 258. nu. 19. lib. 2. Cardin. Franc. Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 2. tit. 4. nu. 41. Petrus Magdalenus de numero testium in testamentis requisito 1. cap. 8. n. 7. & 23. & cap. 16. num. 261. Et ideo in vltimo puncto indivisibili stat forma essentialis ipsius à quo vires, & perfectionem recipit, & à sillaba conclusiva, vt inquit Baldus in l. si quis cum testamentum, quã legit sub l. si quis in principio, ff. de testam. vbi etiam Castrensis num. 2. & 6. Aretinus ibidem in principio, & Imola in 4. notabili. Socinus, & Iasson in rubr. ff. de legatis 1. sub num. 12. & 13. & ibidem Ruinus nu. 4. & Socinus junior n. 37. Idem Socinus junior in cons. 147. num. 16. lib. 2. Ioann. Caphalus in cons. 249. ex nu. 5. cum seqq. lib. 2. Petrus Surdus d. cons. 158. sub d. num. 19. Et ab vltimo puncto sic capit vires, vt in vltima litera, aut sillaba conclusiva eius forma dicatur concludi sicuti in Baptismate, & alijs Sacramentis, prout respondet Iasson cons. 8. col. 5. vers. Item testamentum lib. 3. Socin. senior cons. 29. n. 3. Surdus vbi supra d. num. 19. & decis. 292. n. 16. quælibet enim forma ex consumatione operis contingit, l. is qui quadringenta, § quædam, ff. ad leg. falcidiã, & ideo nihil actum intelligitur donec aliquid super est agendum l. cum Silanianum in fine, C. de hijs quibus, vt indignis Mantica d. lib. 2. tit. 4. num. 4. Petrus Surdus d. num. 19. & ita post ordinarios, & alios Authores superiorem rationem ad textum in d. l. si quis cum testamentum assignarunt Anton. Gomez in d. l. 5. Tauri num. 19. Pe-

trus

trus Peralta in d. l. si quis in principio testamenti, num. 45. in principio fol. 503. Petrus Magdalenus de numero testium in testamentis, requisito 1. *p. cap.* 16. *nu.* 261. *&* 262. *Iacob. Menochius lib.* 4. *præsumpt.* 5. *nu.* 5. *Azevedus in l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *num.* 63. *&* 64. *& facit l.* 24. *tit.* 1. *partita* 6. y que el testamẽto sea individuo, lo funda tambien Giurba *observat.* 3. *à n.* 1. con muchos q̃ cita.

277 Valenzuela *cons.* 150. *num.* 32. reconoce esto mismo, ibi: *Nam fides instrumenti est individua, quia non potest instrumentum pro parte probare, & pro parte non, vt notant Baldus, & DD. in l. si ex falsis in fine, C. de transact. Idem Baldus cons.* 405. *lib.* 4. *Decius in cap. Ad audientiam, col.* 2. *vers. Secundo ampliatur, de rescriptis, Salzedo in addit. ad Bernardum Diaz regula* 342. *ampliat.* 6. Y de esta individua fè del instrumento nace, que aunque el producente proteste, que se quiere valer dèl solamente en quanto haze por si, este protesto no le relevarà, antes le dañarà, si ai algo contrario, porque no puedeproducirle en parte, sin que le produzga en todo, Baldus *in l. vnica, C. vt que desunt Advocatis, vbi* Alexand. *num.* 10. Gratian. *tom.* 1. *disceptat. Forens. cap.* 121. *num.* 39. Valenzuela *d. cons.* 150. *num.* 39. en donde dize, que procede en vna escritura de dos sentencias de vn mismo contexto; y dâ la razon; *Cũ dictæ sententiæ sint eiusdem contexturæ, connexæ, & quid individuum, l. in hoc iudicio, & l. quædam mulier, ff. fam. ercis.* con otros que cita, quia cõnexorum idem iudicium, nec potest fieri de vno, nisi etiam fiat de altero, *cap. si quis obiecerit, & cap. si quis Præbendas* 1. *q.* 3. *l. si plures*, §. 1. vbi Iasson *in verb. Notabili, ff. de vulgar. & pupil. substit.* Ancharran. *cons.* 160. *nu.* 2. Barbos. cum multis in hoc Axiom. Valenzuela *vbi supra nu.* 41. Pues quanto mas in-

individua serà la fè de vn testamento, quod vnico contextu debet fieri? Y como se podrà hazer perfecto juizio de todo su contexto, no sabiendose lo q̃ contiene en parte, aunque se sepa lo que en otra parte cõtiene? Y siendo imperfectõ ratione voluntatis, pues no se sabe todo lo q̃ el testador quiso? Sino que se ignora mucha parte de su voluntad? Esto parece impossible, & ab omni ratione alienum.

278 La dezima razon, y argumento es, el que vsa Ludovico Romano *conf.* 305. tratando esta misma materia en terminos, y es, que los testigos, y los instrumentos se parifican, y en quanto al efecto de la provanza, son de vna misma virtud; y lo mismo que se dize de los testigos, se dize de los instrumentos, & è cõtra, y corre el argumento de los vnos a los otros con igualdad, iuxta tex. *in l. in exercendis, cum vulgatis, C. de fide instrument.* Menochius *conf.* 538. *nu.* 5. Sbrozius *de Vicario Episcopi lib.* 1. *q.* 64. *nu.* 3. *in fine*, Aloisius Riccius *in Praxi Aurea resolut.* 165. *num.* 2. Rota *diversorum decis.* 1161. *num.* 4. *p.* 3. alios congerens Barbosa *loco* 113. *nu.* 1. *& seqq.* Pareja *de instrument. ædit. tit.* 7. *resolut.* 9. *n.* 15. Atqui los testigos, que imperfectamente deposan, y no narran enteramente el hecho, ò convencion de las partes, no pruevan, ni se deve hazer caso alguno de su deposicion, iuxta *Gloss. communiter receptam in l. Lucius* 21. *verb. Debeant. ff. de his qui notant. Infamia.* ibi: *Potuit esse, quod non habuit fidem, non quia essent falsi, sed quia non dixerunt plenè factum, &c.* quam summe extollit Romanus singularem *conf.* 91. *num.* 7. *& singulari* 749. *& d. conf.* 305. *num. finali*, vbi Gabriel Saray *in Addit. ad d. singular.* Purpuratus *in Authent. si quis in aliquo, num.* 41. Pareja *vbi supra d. num.* 15. Luego los

in-

instrumentos que no estàn plenos, y perfectos, tampoco merecen fè.

279 Y assi concluye Romano *d. conf. 305. n. 6. ibi: Tunc ergo succedit doctrina D. Bartoli in rubr. de noui oper. nunt. approbata per D. Anton. in cap. 1. de probationibus, & Baldus in l. in ciuile, ff. de legib. dicit, quod quoad probationem suæ intentionis iudici faciendam, necesse est produci scripturam integralem: Vnde si producatur pars, Iudici constare non dicitur de producentis intentione, ad hoc de fide instrumentorum, cap. contingit.*

280 Sigue la doctrina de Romano, y la defiende gallardamente Pareja *de instrument. adit. d. tit. 7. resolut. 9. num.* 12. ibi: *Quarto ampliatur, quod instrumentum referens non probet relato non exhibito, vt procedat, non solum in sui parte relatiua, verum etiam in omni eius tenore nullam cōstituat probationem ad fauorem illius qui produxit.* Y cita a Romano, y en el *nu.* 14. *Tum etiam nam scriptura ad quam relatio fit intelligitur esse pars scripturæ alterius se referentis ad illam igitur est consequens (ait idem Romanus) vt si non producatur non censeatur scriptura se referens integraliter producta.* Y en el *nu.* 14. *Tum nam possibile est, quod in parte relata non producta, vel illud limitet, id quod ipsemet Romanus nu. 8. d. conf. 305. & singulari 749. An per instrumentum late comprobat opinione Doctorum, qui tenuerunt, quod instrumentum narrans venditionem prædij, non tamen continens pretij conuentionem, venditionem non probat, ea ratione, quia ex quo ipsum instrumentum non est plenariæ contractus celebrati narratiuū, ex imperfecta narratione eius probatio redditur dubia, & consequenter probantem non releuans, cap. in præsentia, cum vulgatis de probationibus.*

281 De

281 De cuyas doctrinas, y argumentos claramente se infiere, que si la deposicion de los testigos es imperfecta, y defectiva en la narracion del hecho, no prueva; y q̃ si se exhibe vn instrumento referente, sin exhibir su relato original no solamẽte no prueva en su parte relativa, si no q̃ a todo el referente, y a todo su tenor se le deve denegar la fè por ser individua, y no se deve hazer caso alguno dèl: y que el instrumento que narra la vẽdicion de vn predio, y no contiene la conuencion del pretio, como diminuto, y defectivo, tampoco prueva bien, sino que antes dexa dudosa la provanza de la vendicion: Luego no siendo menos parte del asserto testamento del Señalero, aquella disposicion que falta de todas aquellas lineas inlegibles, y varreadas, que lo es el hecho que dexan de deposar los testigos, de su integral deposicion, y que lo es el relato del referente, y el pretio de la vendicion; si estos no pruevan por estar diminutos, defectivos, è imperfectos, no solamente en la parte que lo estàn, sino en todo su tenor; mucho menos ha de provar el asserto testamento del Señalero, no solo respecto de la parte diminuta, defectiva, è imperfecta, sino tambien respecto de todo lo restante de su tenor desmerece la fè de testameto, ò al menos no se puede negar, qne su provanza sea dudosa, que esta basta para que se impida su execucion.

282 La vndecima razon es; porque la parte contraria pretende incluirse con los assertos vinculos del pretenso testamento del Señalero, valiendose del Fuero *A vezes* 30. *de Apprehensionibus*, y como dize el gran Practico de nuestro Reino Bardaxi *in rubrica de Apprehensionibus*, 2. *p. q.* 3 *num.* 12. *Complectitur etiam dictus Forus A vezes remediũ legis finalis*, *C. de Ædicto divi Adriani Tollendo*, cuyo juizio es sumarissimo possessorio, De

 cius

cius *conſ.* 424. *& conſ.*467. *col.fin.* Rolando à Valle *cōſ.* 1. *nu.* 72. *vol.* 1. & late *conſ.* 28. *num.* 40. *vol.* 3. Riminald.junior *conſ.* 69. *num.* 24. *&* 25. Cæſar Argelo *de legitimo contradictore,quæſt.* 9. *art.* 4. *num.* 93. Anton. Gomez *in l.* 45. *Tauri,num.* 135. Chriſtoph. de Paz *de tenuta,cap.* 48. *à nu.* 3. Poſthius *de manuten. obſervat.* 55. *num.* 55. como lo es el preſente articulo de lite pendente,vt poſt Molin.Portoles *in verb. Apprehenſio el* 2. *num.* 38. *& ſeqq.& in tract.de conſortibus cap.* 38.*num.* 2. Bardaxi *in rubr.de Apprehenſ.* 2. *p. à num* 1. *cum ſeq.* D. R. Seſſe *de inhibit. cap.* 4. §. 5. *num.* 5. *& deciſ.* 67. *per totam,& deciſ.* 18. *num.* 11. Suelves *conſ.* 20. *à num.* 1. *& conſ.* 37. *per totum in centuria.*

283 Ora veamos como ſe le ha de immitir, ò poner en la poſſeſsion de los bienes aprehenſos a la parte contraria en fuerça de la *l. fin. C. de Ædicto D. Adriani Tollend.* cuyo concordante es el Fuero *A vezes* 30. *de Apprehenſ.* y veamos ſi dicha *l fin.* dà lugar para eſto. Dize aſsi: *Sancimus vt ſi quis ex Aſſe,vel ex parte inſtitutus competenti Iudici teſtamentum oſtenderit, non cancellatum,neque abolitum,neque ex quacumque ſuæ formæ parte vitiatum,ſed quod in prima figura ſine omni vituperatione appareat, & depoſitionibus teſtium legitimi numeri vallatum ſit,mitatur quidem in poſſeſsionem earum rerum quæ teſtatoris mortis tempore fuerunt.*

284 Dale el verdadero ſentido a eſte texto con toda claridad,y conciſsion, Anton. Gomez *in l.* 45. *Tauri nu.* 145. ibi: *Pro cuius declaratione breviter dico,quod vitium de quo loquitur iſta lex,devet eſſe vitium viſibile,& apparens ex inſpectione teſtamenti, & iſte eſt verus & proprius ſenſus,& intellectus illius textus, & intentio Doctorum.* De eſta manera ſe entiendē eſte texto, quan-

tos

tos Doctores le tratan, assi repetentes como consulentes, quos in vnum congessit Menoch. *de adipiscenda remedio 4. in d.l. fin.* De donde manifiestamente se infiere, que siendo el vicio del asserto testamento del Señalero, visible, claro, aparente, de tal manera, que no necessita de los ojos intelectuales para percibirle, y bastã los ojos corporales para conocerle, pues vn niño de siete años, vna muger, y vn rustico que lo vean sin jurisprudencia alguna, diràn que està viciado, defectivo, desfigurado, y vituperado del tiempo sin aquella primera forma, y figura que tuvo al tiempo de su confeccion: es impossible, que pueda valer, y que en fuerça dèl se le ponga, e immita a la parte contraria en la possession de los bienes aprehensos que pretende.

285 Pero porque traen los DD. tres limitaciones a la regla de este texto, hemos de averiguar, si estamos en alguna dellas: La primera es, aunque disputable, quando el vicio, la cancelacion, ò rasura no està en el lugar substancial: La segunda, quando el vicio, ò cancelacion, ò defecto se puede suplir ex antecedentibus, & subsequentibus, de tal manera, que claramente se colija el perfecto sentido de la clausula viciosa: La tercera, quando el vicio estuviera corregido, y salvado por el mismo Notario que testificò el testamento: que en estos casos, dizen muchos DD. que no se deve impedir la immision en la possession en fuerça del testamento.

286 Y que no estemos en ninguno de estos tres casos de estas tres limitaciones, se conocerà evidentemẽte discurriendo sigillatim por cada vna: Y en quãto a la primera, no es cierta, ni mui segura, sino antes bien disputable en tanto grado que dixo Farinacio, hablando della *in repertor. vltimar. volunt. quæst. 69. num. 24. Licet forsan*

ſan contraria opinio ſit in puncto iuris verior: y con razon, porque en el teſtamento, qualquiere voluntad del teſtador, es ſubſtancia del miſmo teſtamento, pues lo que alli diſpuſo, mas adelante lo puede derogar, declarar, y limitar, en qualquiere clauſula, y ſilaba de ſu diſpoſicion, eſtà todo ſu ſer, y ſu forma, es como la de los Sacramentos, como dixo arriba Caſtillo, que ſi falta alguna palabra de las inſtituidas por nueſtra Santa Madre la Igleſia que componen el verdadero ſentido, no ay Sacramento, ni forma, porque ſi el miniſtro en el Baptiſmo, al echar el agua, ſolamente dixera, *In nomine Patris, & Filij, & Spiritus Sancti*, no avria alli Sacramento, porque faltavan aquellas palabras: *Ego te Baptizo, text. in cap.* 1. *de Baptiſmo*: y ſi dixera: *Ego te Baptizo, in nomine Patris, & Filij*: tampoco quedaria Baptizado, ni avria Sacramẽto, porque faltaua la palabra, *& Spiritus Sancti*; y es neceſſaria la explicita expreſsion de las tres Perſonas de la Santiſsima Trinidad, *ex cap. ſi qui* 27. *cap. Quamvis* 28. *cum ſeqq. cap. ſi reuera, cap. in Synodo, cap.* 75. *cum ſeqq. de conſecrat. diſtin.* 4. *Trident. ſeſſ.* 7. *de Baptiſmo can.* 4. tradunt D. Tho. 3. *p. q.* 66. *art.* 1. *cũ ſeq.* Suarez *to.* 3. *diſpu.* 21. *ſect.* 3. *concl.* 1. *& ſect.* 4. *verſ. in hac re.* Bonacina *de Sacrament. diſputat.* 2. *quaſt.* 2. *puncto* 5. Navarro *in Manuali cap.* 22. *num.* 2. Sahagun *de Sacramentis cap.* 2. *de Baptiſmo num.* 63. *cum ſeqq.* Reginald. *in praxi Fori Pœnitent. lib.* 27. *n.* 28. *&* 30. Henriquez *in ſumma lib.* 2. *cap.* 8, §. 1. *& cap.* 11, §. 1. Conink *de Sacram. tom.* 1. *q.* 66. *lib.* 52. alij apud Barboſ. *in collectanea ad text. in cap.* 1. *de Baptiſmo num.* 8.

287 Aſsi como eſtâ inſtituida por la Igleſia eſta forma en el Baptiſmo, y ſe deve obſervar integralmente: aſsi tambien eſtà eſtablecido por el derecho, que la volũ

tad

tad del testador, y todo el testamento se observe integralmente, y sin diminucion alguna: Atqui, en el Baptismo fluminis, todas las dichas palabras son substãcialissimas del Sacramento, y si falta alguna no ay Baptismo en dicho caso: Luego todas las palabras del testamento, que componẽ el verdadero sentido, que quiso formar el testador, son tambien substancialissimas del testamento, de tal manera, que si falta alguna dellas que descomponga su sentido, no ha de aver testamento, ni se ha de hazer caso alguno dèl.

288 A mas de que la *l. fin. C. de adicto D. Adriani Tol.* no distingue entre lugar substancial, y accidẽtal del testamento, porque aquella primera figura, y forma que requiso, es individua, de vna misma substãcia, de vn mismo contexto, de vna misma voluntad, y de vna misma disposicion, siendo justa, y deviendose presumir assi, no se ha de observar menos en vn lugar del testamento, que en otro, & vbi lex non distinguit, nec nos distinguere devemus, *l. non distinguemus, ff. de recept. Arbitr.* Barbos. *Axiomat.* 136. *num.* 4. Portol. *in verb. Forus*; si la lei admitiera esta distincion, la expressara, *argum. l. vnicæ. §. fin autem ad deficientis, C. de cad. tol. cap. ad audientiam* 2. *de decimis*, Cardos *in praxi iudicum, verbo lex num.* 28. y siendo facil el distinguir; y no aviendo distinguido estos casos dicha lei, es presumpcion, y argumento evidẽte, de que no la quiso admitir, Menoch. *cons.* 30. *num.* 8. Y assi, lo que la lei no dixo, nec ab homine illius interprete debet præsumi, *l. disentientis, C. de repud. cap. illa ne Sede vacante*, Surdus *cons.* 219. *num.* 21. Luego la opinion de los DD. que llevò, que en qualquiere lugar del testamento que estuviera el defecto, cancelacion, y rasura, sin distincion de lugar substancial, ni accidental,

vi-

vicia el testamento, y impide la immision en la possessiõ, y assi bien dixo Farinacio vbi supra, *forsan contraria opinio est in puncto iuris verior.*

289 Pero yo doi, sin perjuizio de la verdad, que *d. l. fin.* se deva entender con esta distincion del lugar substãcial, y accidental del testamento, vamos à averiguar qual serà el lugar substancial del testamento. Dizelo Farinacio *in repertor. vltim. volunt. d. q.* 69. *num.* 25. ibi: *Tunc autem dicetur rasura, seu cancellatio facta in loco substãtiali, quando adest circa annos Domini, vt ibidẽ per Menochium num.* 713. *& sequentibus, vel quando adest circa hæredis institutionem, vt ibi nu.* 717. *vel circa præfationes testamenti, ibi nu.* 718. *vel circa legata ibi n.* 720.

290 Iacobo Butrigario *in d. l. fin. C. de ædicto D. Adria. Toll. col.* 2. *in fine, vers. Item oppono, quod etiam vitium visibile,* dixo: *Abrasionem esse factam in loco substantiali, etiam quando reperitur facta in eo, de quo non est quæstio.*

291 El Maestro Bartulo, en la *l. si vnus, num.* 1. *C. de testamentis,* dixo, que esta diferencia de lugares puede tener lugar en el juizio petitorio, pero en el possessorio, como es este de lite pendente de ninguna manera, cuyas palabras formales son estas: *Rasura vero, vel interlineatio facit, vt perveniatur ad veritatis indaginem hoc dicit in summa. Oppono licet rasura sit in vno loco, alia pars testamenti suspecta non redditur, vt l. si ex falsis, supra de transactionibus. Sol. intelligas, quod hic erat rasura in aliquo loco suspecto circa annos domini, vel hæredis institutionem. Oppono de l. fin. infra de ædicto D. Adria. Tollen. Vbi testamentum rasum respuitur, vel cancellatum. Sol. Et hic adverte: quia, aut agitur possessorio; & testamentum rasum, & interlineatum respuitur, nec per*

ve-

venitur ad veritatis indaginem; vt l. contraria. Aut agitur petitorio: & tunc siquidem rasura non est in loco suspecto non curatur, vt supra de transact. l. si ex falsis: Si est in loco suspecto peruenitur ad veritatis inuestigationẽ.

292 Decio *in l. fin. num.* 37. *vers. Et prædicta conclusio, C. de edict. D. Adri. Tollen.* dixo, que el sentir de Bartulo en la *l. si vnus*, era el mas verdadero, y la mas segura opinion, Zucardus *in d. l. fin. num.* 329. dixo, que en el juizio possessorio no se deve mirar, si el vicio estâ en el lugar substancial, ô accidental del testamẽto, y que en qualquiere parte que se hallare, se dirà, que està en la parte substancial, a fin de impedir la immision en la possession al heredero, Alberico *in d. l. si vnus, num.* 3. *C. de testamentis*, defiende acerrimamẽte esta opinion hablando de la *l. fin. C. de ædict. D. Adria. Toll.* sin admitir distincion de lugar substancial, ni accidental del testamento, Donatus à Fina *in tract. de Tabell. & fide instru.* indistinctamente lleva, quod rasura instrumenti, vel vitium, non solum impedit exequtionem, sed immo vitiat instrumẽtum, y cita el *cap. cum olim el* 2. *de Privilegijs, cap. ex literis, & cap. accepimus de fide instrumentor.*

293 De cuyas doctrinas manifiestamente se infiere que el asserto testamento del Señalero està viciado, y vituperado en su parte substancial, pues se halla defectivo visiblemente en medio de las substituciones que haze el testador, y en tanta parte viciado, que podia alli poner condiciones que influyeran, y se refirieran a la institució del heredero, y por cuyo defecto se caducara el vinculo, ò se limitara, ò se hiziera agnaticio, con que tuviera sin disputa su inclusion mi parte, y exclusion la contraria: y si la parte en que se dexa vn legado, que no es la principal disposicion del testador, ni por ella se suele ordenar

de

de la mayor parte de la hazienda, se dize substancial, segun el sentir de Farinacio, y Menochio arriba alegados, de tal manera, que si alli se hallara algun vicio visible, fuera nulo el testamento, y no se le pudiera poner al heredero escrito en possession de la herencia, no obstante q̃ en la parte de su institucion, no se hallarà vicio alguno: quanto mas nulo ha de ser en el caso presente el asserto testamento, por el qual se halla el vicio en la disposicion del testador, en donde ordena de la mas lucida porciō de su hazienda, disponiendo de tantas Villas, Lugares, terminos, montes, dehesas, jurisdiccion civil, y criminal, y tratando de materia tan grave, y de tanta importancia, como era de substituir sucessor de bienes tan quantiosos.

294 A mas, de que toda la razon, por la qual se dize lugar substancial aquel en donde se halla la institucion de heredero es, porque conforme a derecho, *totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter testatorem, & heredem agi*: palabras del §. *sed neque hæres instit. de testament. ordina. Et quia testamenta vim ex institutione hæredis accipiunt: & ob id veluti caput, atque fundamentum intelligitur totius testamenti hæredis institutio.* como dixo Iustin. *in* §. *Ante hæredis institutionem, instit. de legatis, quod idem probatur ex l. 1. ff. de hæred. instit. l. Quod per manus, ff. de iure codicil.* & ex Vlpiano *in fragm. tit.* 24. *vers. Ante hæredis*, & Iulio Paulo *lib.* 3. *tit.* 6. *in princip.* idque post Cuiacium, Fabrum, Donelum, Ossualdum, Pichardum, & alios optime explicuit Costa *in cap. si pater* 1. *p. verb. Adiciens num.* 4. *de testamentis in* 6. & noviter Henricus Zoesius *in Paratitla ad tit. ff. de hæred. instit. nu.* 1. en donde todos asientan, que la institucion de heredero era la cabeça del testamento, el fundamento de su disposicion, y la par-

parte principal, de la qual pendia todo su valor: y assi no es mucho, que digan los DD. que el lugar substãcial del testamento, es aquel en donde se halla la institucion de heredero, el qual, si tuviere algun vicio, ha de influir en todo el testamento, y le ha de anular.

295 Pero en Aragon, como el testamento, puede valer sin institucion de heredero, vt ex *Observ. Quicumque, & Observant. Item de Regni, tit. de testamentis, & Observ. Item Iudex de fide instrument.* docent Molin. *in repert. verb. Hæres, vers. Hæres licet aliquis non relinquatur, fol.* 168. *col.* 1. *& in verb. Instrumentum, fol.* 186. *col.* 3. *in princip. & in verb. Testamentum, fol.* 314. *col.* 2. Portoles *in verb. Hæres, num.* 75. *& in verb. Testamentum, num.* 30. Todo el testamento es cabeça, toda la disposicion es fundamento, qualquiere parte dèl es substancial, y assi en qualquiere lugar que se halle vicio, ò defecto alguno, se dirâ, que està en la parte principal, y substancial, è influirà nulidad en todo el testamento de la misma manera que le influyera el vicio, ò defecto de la institucion de heredero, segun el derecho comun: Por esso dize Cancer *variar. resolut. p.* 1. *cap.* 4. *num.* 75. *&* 76. que la forma del testamento es en dos maneras; vna provatoria: otra substancial: La provatoria consiste en el acto del Notario, en el numero de los testigos, en los sellos, y en las subscripciones: La substancial consiste en la voluntad, y disposicion del testador, y que aunque en el testamento militar estè relaxada la forma provatoria; pero que la forma substancial no lo està: De donde se infiere, que qualquiere disposicion del testador es forma substancial del testamento, y que aunque en Aragon estè relaxada la forma provatoria como en el testamento del Soldado, quia testamur de iure militari, segun Molino, y

Portoles in locis ſupra allegatis: Pero no eſtà relaxada, ni diſpenſada en coſa alguna la forma ſubſtãcial: y aſsi hallandoſe aquella, como ſe halla en el caſo preſente, viciada, y defectiva, es impoſsible que valga el aſſerto teſtamento.

296 La duodecima razon, por la qual el aſſerto teſtamento del Señalero, no puede valer para el efecto de la *l. fin. C. de edicto D. Adriani Toll.* ni para otro efecto alguno, es porque no eſtamos en el caſo de la ſegunda limitacion, que notan los DD. a dicha *l. fin.* pues en dicho aſſerto teſtamento, neque ex antecedentibus, neque ex ſubſequentibus, ſe puede ſacar en limpio el ſentido claro de lo que el teſtador quiſo diſponer, ni aun por conjeturas ſe puede colegir, que es lo que quiſo ordenar en aquellas lineas que faltan, y en aquellos blancos varreados: ſino que totalmente ſe ignora lo que alli diſpuſo en medio de las diſpoſiciones, y inſtituciones de heredero: y para q̃ ſe vea ſer aſsi, ſe pondràn las clauſulas antecedentes, y ſubſiguientes a las lineas defectivas.

297 En la *pag. 9 poſt medium*, de la copia impreſſa del aſſerto teſtamento, deſpues de averle pueſto gravamẽ al Señor Rei de Aragon, que ſucediere en ſus bienes de pagar cierta cantidad de ſueldos, dize: *Los quales prendemos para nueſtra anima, & para cũplir eſt nueſtro teſtament* ——————————————————

ditas doſcientas vezes mil ſueldos pague el dito Señor Rei, ò el ſuceſſor ſuyo, que por tiempo Reinarà a los ſpõdaleros nueſtros de ius ſcriptos cien mil ſueldos de reales dentro de ſeis meſes primeros ſiguientes, deſpues que qualquiere de los ſobreditos caſos ſerà acaeſcido, por el qual el Señor Rei de ſuſodito, ò el ſuceſſor ſuyo heredar deuia los ditos bienes nueſtros, que a èl, ò al ſucceſſor ſuyo, & pu-

& publicado est nuestro testament ; la qual publicacion, & notificacion fagan a èl,ò al sucessor suyo nuestros espõdaleros con carta publica, luego apres que qualquiere de los sobreditos casos pervenido serà,en el qual, èl, o el sucessor suyo deue heredar los ditos Castiellos,&c.

298 Y mas adelante en la *pag.* 11. *post medium. Et si por ventura el dito Señor Rei , ò el successor no queria ser nuestro heredero con las cargas sobreditas,ò forzava, ò prendia,ò ocupaua* ——————————————

————————————————————

nuestro testament en el dito Noble Don Iaime Señor de Exerica,hermano nuestro,ò en el heredero suyo q̃ por tiẽpo heredarà a Exerica,al qual establimos nuestro heredero en los ditos lugares,& bienes nuestros sedientes, &c.

299 Y despues en la *pag.*21. *in princip.*en la disposicion de vn legado faltan cerca de dos lineas del pergamino,alli: *Item lexamos el leito de ropa nuestro que levavamos cada dia con todos sus aparellamientos a aquel q̃ serà trovado* ——————————

————————————————————

nuestra fin al dito Hospital de Santa Cruz de Yxar, los quales ditos D. sueldos que nos lexamos para fer la dita cambra,queremos que sean dados,è librados al Vicario, & a los Iurados que por tiempo seràn de Yxar,&c.

300 En la *pag.* 23. *in princip.* despues de aver dexado al Convento del Sepulcro de Zaragoça para la fabrica de vna Capilla,y Sepulcro quatro mil sueldos, dize: *Los quales no puedan ser puestos,ni cõvertidos en otros*

vsos, sino para feer la dita Capiella, & Sepoltura; assi empero, que aquestos quatro mil sueldos no le seã dados, sino lexados, ——————————————

Fernandez filla nuestra, la qual yaze alli, que la adugã, è la entierren con su madre Doña Maria Fernandez en el Capitol viello de los Freires Predicadores de Zaragoça, &c.

301 En la loacion, que incontinenti se dize aver hecho Doña Sivilla de Anglesola del asserto testamẽto del Señalero *pag.* 34. *in princip.* se halla tambiẽ defecto, alli: *Exceptado empero, que no cõsentimos, ni otorgamos aquellas lexas, que vos feites de nuestro axuar en est* ———————————————— *a Alfonso fillo vuestro & nuestro, & a la dita Marquesa Gil filla vuestra, & nuestra, ante queremos que finque salvo a nos todo nuestro dereito de facer de aquel a nuestras proprias voluntades.* Y en el fin de la dicha *pag.* 34. alli: *Et si por aventura los ditos fillo, ò filla vuestros, ò tutor, ò herederos dellos è spondaleros vuestros, ò qualesquiere otros que huviessen a heredar los ditos bienes vuestros no daeràn a nos los ditos seis mil sueldos Iaqueses en cada vn año, è falian en algun año, ò nos itavan del dito Castiello, ò nos y farian embargo, que finque a nos salvo todo el dreito de nuestra viudedad, è dotes en los ditos Castillos, e Villas vuestras, segun Fuero de Aragon, & sia assi, como si vos dito Noble huviessedes alguna cosa ordenado,* ———————— ———————— *en est present testament de la dita viudedad, è dotes hoviessemos consentido en ordinamiento que vos ayades feito de aquellas.*

302 Desta mis ma manera ai otras muchissimas lineas varreadas, y en blanco, que no se ponen aqui, por no copiar todo el asserto testamento; de las quales, aunque

en

en algunas se pueda cõjecturar lo que el asserto testador quiso disponer; Pero en las mas es imposible el poderlo colegir, como en estas que represento a V.S. porque como dixo la Æterna Sabiduria: si las cosas que tenemos delante los ojos, apenas las alcanzamos, sino cõ muchissimo trabajo, quanto menos alcanzarèmos las que no podemos ver, *Sapientiæ* 9. si en lo que podèmos leer en esta escritura, està embuelta, è implicada con mil dificultades, y questiones, como son, si los hijos puestos en condicion estân llamados? Si los substituidos nomine colectiuo, lo estàn por vulgar, ò fideicomissaria? Si de recta linea se diràn los descendientes por hembra? Y no podemos reducir a la parte contraria, a que asiente en la que los DD. de mayor numero, y mejor pluma tienen por verdad, valiendose de lo que dize Ciceron *lib.* 3. *officior. Nobis nostra Academia magnam licentiã dat, vt quodcumque probabile occurrat id nostro iure liceat defendere*; por ser tõta la sabiduria humana, iuxta *D. Paul. epist.* 1. *ad Corinthios cap.* 3. *Stultam fecit Dominus sapientiam huius sæculi*, que hasta vn Gentil como Ciceron lo conociò *lib.* 3. *officior.* donde dixo: *Veri iuris Germanæque Iustitiæ solidam, & expressam imaginẽ nullam tenemus, vmbra, & imaginibus vtimur*, & alia plura apud Sanchez *in lib. vnico, cui tit. Nihil scitur.* Pues quien serà el que se atreva a adevinar lo q̃ quiso disponer D. Pedro el Señalero, ò lo que dispuso en estas lineas que faltan? Parece que nadie, sino el mismo, lo podia dezir, y conocer, iuxta *Apostolum epist.* 1. *ad Corinth. cap.* 2. ibi: *Nemo novit quæ sunt hominis, nisi spiritus hominis*, porque no pudiendose leer, ni ver, es imposible, que ningũ otro lo alcance, nam vt ait *Aristoteles in lib. de Anima: Nihil est in intellectu quin prius fuerit in sensu.*

303 De esta segunda limitacion, dixo Curtio junior *in l. fin. num.* 13. *in* 4. *falencia, C. de ædicto D. Adr. Tol.* que era peligrosissima, porque aunque de alguna manera ex antecedentibus, & subsequentibus, se pudiera interpretar, y colegir la volũtad del testador, pero corre mucho riesgo de adevinarla, y pervertirla, singularmente en juizio sumario, como es el de la *l. fin. C. de Æd. D. Adr.* y el de lite pendente: y assi es mas seguro el remitirla al juizio plenario de la propriedad: A mas, de que no pudiendose colegir ex antecedentibus, neque ex subsequẽtibus, la disposicion defectiva, como en el caso presente, todos los DD. llevan, que ha de viciar, y anular el testamento, vt videre est apud Nattam *cons.* 132. *num.* 2. *lib.* 1. Paris. *cons.* 28. *num.* 46. *lib.* 2. Bertazol. *cons.* 411. *n.* 11. *vers. Nec obest lib.* 2. Vivi. *decis.* 81. *num.* 4. Alban. *cons.* 224. *lit. L. in fine*, Caputaquens. *decis.* 3. *num.* 6. *&* 7. *p.* 2. Menoch. *de adipiscen. poss. remed.* 4. *nu.* 721. Mascard. *lib.* 1. *conclus.* 257. *num.* 4. *& concl.* 740. *nu.* 43. *lib.* 2. *& conclus.* 1254. *lib.* 3. *num.* 19. Farinac. *vbi supra, & q.* 153. *de falsitate, num.* 83. En el tercero caso de la limitacion, tampoco estamos, porque en el asserto testamento no ai añadida, ni enmendada cosa alguna de mano del Notario, y assi parece deverse platicar, y observar en el caso presente la regla de la *l. fin. C. de Ædicto D. Adr.*

304 La decima tertia razon, porque no puede valer el asserto testamento es, porque conforme a la observãcia del Reino, siempre, y quando se reprehende, ò arguye el instrumẽto de alguna rasura, defecto, ò vicio, se recorre a la nota original; y si la nota se halla buena, verdadera, y sin vicio alguno, subsiste el instrumento; y si se halla la nota con el mismo vicio que el instrumento extracto

se

se deue tener aquel por falso,ò nulo. Pruevalo la *Obser. si de rasura,tit.de fide instrumentor.*ibi : *Si de rasura reprehendatur instrumentum,vel de alio vicio;si notula inveniatur vera valebit instrumentum , aliàs dicetur falsum.* De donde se manifiesta,que dicha observancia hablò general,è indistinctamente,y comprehendiô , no solamente el vicio de la rasura,sino qualquiere otro vicio, sin diferencia alguna de que aquel estuviera en lugar substancial,ò accidental, y que el poner exemplo en la rasura, y dezir,que si la nota no se halla verdadera,se dirà falso,no puede restriñir,ni limitar dicha observancia al caso en que se trate de falsia,pues aquello lo puso exempli gratia,quod non potest restringere regulam dictæ observantiæ,neque excludere similia , *l. damni infecti stipulatio,ff. de damno infecto,l.* 1. §.*quod vulgo, ff. de vi , & vi armata,*Gratian. *discept.Forens. tom.* 3. *cap.* 563. *n.* 73. Barbosa *Axiomate* 86. *nu.* 2. y assi comprehende dicha observancia qualquiere vicio;y es lo mismo dezir la observancia *dicetur falsum* , que si huviera dicho , *dicetur nullum*, pues es cierto, que vn instrumento puede tener otros muchos vicios,sin tener el de falsia:y si no se entẽdiera dicha observancia desta manera,con esta generalidad,y sinceridad,se ofenderia su letra contra las disposiciones Forales,y practica inconcusa del Reino.

305 De que se infiere:O en el caso presente ai nota original,ò no la ai:Si ai nota original,porque el registro de la Corte se reputa,y tiene por nota original,alli se halla el mismo vicio,y vituperio del asserto testamento , y con los mismos defectos que el extracto, y transumpto; Si no ay original,ò el mismo extracto , y transumpto se reputa,y tiene por original nota,el vicio , y el defecto q̃ tiene,es visible,y aparente de tal manera que no se puede sa-

ſanear,ni purgar:y toda la razon,por la qual quiſo, y eſtableciò dicha obſervancia,que teniendo el inſtrumento algun vicio,que ſele oponga,ſe recorra a ſu nota original,es,para que ſi aquella ſe hallare buena,y ſana, ſe purgue el vicio del inſtrumento extracto con la verdad. y ſanidad de ſu nota original: Luego ſi no ai nota original,ò aquella eſtà viciada,y maculada,el vicio del inſtrumento extracto no ſe podrà ſanear,ni purgar: en el caſo preſente,no ai nota original del aſſerto teſtamento, y ſi alguna ai como el regiſtro,eſtà de la miſma manera viciada,y maculada,y defectuoſa,como el extracto,y tranſumpto:Luego no pudiendoſe ſanar,ni purgar dicho vicio,y defecto por la viſura de la nota original, es impoſſible que valga el aſſerto teſtamento, ſegun dicha obſervancia.

306 La decima quarta razon, por la qual no puede valer el aſſerto teſtamento, es, porque en èl ſe dize no averle ſacado en publica forma el aſſerto Notario rogado,que ſe dize lo teſtificò, ſino el aſſerto ſucceſſor de ſus notas,alli:*La ſuma de aqueſt teſtament fue recibida por Don Guillen de Alambra,Notario publico que fue de Yxar,el qual finò,& eſt dito teſtament facer no pudo.Por eſto,yo Paſcual de Alãbra Notario publico de Yxar por autoridad a mi dada por la Señora del dito Lugar de Yxar aqueſt teſtament eſcrivir fize con letras ſobrepueſtas,&c.* Y aviendole ſacado el aſſerto Notario ſucceſſor ha de conſtar de ſu nota original,porque de otra manera no puede hazer fè. Dizelo Portoles *in verb. Inſtrumentum, nu.* 46. ibi:*Si tamen inſtrumentum non ab ipſo Notario,qui illud teſtificatus fuit,& coram quo res geſta eſt,ſed ab eius ſucceſſore cui authoritate Iudicis notulæ,& rogationes Notarij mortui commiſſæ fuerunt, inſtru-*

strumentum ipsum extractum, & signatum fuerit fidem non faciet si in nota originali non reperiatur. Pruevalo con Bartulo, Panormitano, Covarrubias, Alexandro, Iasson, Parisio, Silvano, Curtio. Y en los *nu.* 47. 48. y 49. con otros muchissimos siguiendo la doctrina de nuestro grã Practico Miguel del Molino *in verb. Instrumentum. fol.* 285. *col.* 2. los quales dizen averse juzgado assi en este Ilustrissimo Tribunal de la Corte del Ilustrissimo Señor Iusticia de Aragon.

307 El Señor Reg. Sesse *decis.* 147. *n.* 4. sintiò lo mismo, y dize averse juzgado assi *in processu evocationis Agnetis de Montoya*, y V.S. lo pronunciò a 20. de Enero de 1616 *in processu Don Martini de Bardaxi super apprehensione*, el fragmento de cuyo motivo, dize: *Iuxta receptam Regni nostri antiquam illius praxim secundum quam non creditur instrumento levato à Notario successore, deficiente nota, & prothocolo Notarij rogati; nisi quando constat prothocolum esse deperditum, vel laceratum, & ultra id concurrant multa adminicula veritatis.* La Real Audiencia entendiò lo mismo *in processu appellationis Don Ferdinandi de Gurrea & Aragon*, die 3. Iunij 1634. ibi: *Constat enim non per Notarium rogatum, sed potius per quemdam successorem, de cuius nota, nec legitima commissione non apparet.* Tampoco aqui consta de la comission, cuyo defecto es impossible que lo supla la antiguedad del tiempo, como se ha fundado arriba, y lo prueva excelentemente el Señor Leiza en su alegacion escrita por esta parte, *num.* 388. *usque ad num.* 394. dignos de que en ellos cargue V. S. la consideracion: singularmente siendo tan necessaria en el caso presente la nota original para reconocerla, y sanear el defecto que padecen el registro, y el transumpto, pues

el registro de la Corte no puede servir de nota original pues padece los mismos defectos que el transumpto.

308 La decima quinta razon, porque es nulo el asserto testamento, es, porque segun dize Paulo de Castro *cons.* 157. *num.* 2. *vol.* 1. quando el Notario dexa en el acto algun espacio blanco, se entiēde por este hecho que protesta, que ai algo que suplir en dicho acto: y de este protesto consta tambien expressamente del transumpto, alli: *Constat etiam de quindecim spatijs, sive partibus albis, lineatis, sive varreatis, quæ ita superius existunt, quia in suprainserto originali testamento transumptato tot, & similia spatia, & partes nullatenus legi potuerunt ob vetustatem corruscationem, & rupturas pergameni dicti originalis testamenti.* Y assi parece, que dichas lineas blā cas defectivas, y varreadas se han de suplir ex antecedē tibus, & subsequentibus per textum *in l. cum pater*, §. *cum imperfecta, ff. de legatis* 2. Bald. *cons.* 235. *lib.* 5. Laurentius del Pinu *cons.* 7. *num.* 3. Menochius *in d. l. fin. C. de Ædicto D. Adr. Tol. num.* 721. de otra manera es impossible que valga el asserto testamento, pues se seguirian mil absurdos, è inconvenientes contra las razones que he ponderado, y porque como dixo el Consulto *in l.* 1. §. *sed si, ff. de hijs quæ in testamento delentur: Sed si legi non possunt, quæ inconsulto deleta sunt, dicendum est non deberi.* Y siendo imperfecto ratione dispositionis defective no valdria, Alexan. *cons.* 76. *nu.* 13. *lib.* 3. Iass. *cons.* 155. *col.* 2. *lib.* 2. Dilectus *de Arte testandi tit.* 2. *cautela vltima, num.* 6. Rubeus *cons.* 94. *nu.* 3. Iul. Clarus *in* §. *testamentum, q.* 9. en donde indistinctamente lo tiene esto por cierto, Socin. jun. *cons.* 147. *nu.* 30. & *seqq. lib.* 2. en donde dize: *Ab hac sententia non esse recedendum in iudicando, & consulendo.* Y assi parece, que

era

era precissamente necessario, el suplir lo que en esta asserta escritura falta, para componer su verdadero, è integral sentido.

309 En los testamentos, es impossible el poderse suplir lo que el testador, no dixo, ò lo que no se lee con los ojos corporales, y consta que falta, *l. fin. ff. de manumiss. testament.* Craveta *cons.* 161. *nu.* 15. Cæphal. *cons.* 514. *num.* 29. Menoch. *cons.* 274. *nu.* 15. 16. *&* 17. *lib.* 3. *& cons.* 327. *num.* 38. y las supleciones no se admiten por el riesgo que ai de pervertir la voluntad del testador, Ripa *in rubr. ff ad Trebel. num.* 1. Bald *cons.* 232. *in lib.* 5. Peregrin *cons.* 52. *num.* 10. *lib.* 1. *& cons.* 23. *nu.* 2. *vol.* 4. *& cons.* 29. *num* 5. *& cons.* 39. *num.* 9. *vol.* 3. *facit l.* 1. *in princip. ff. de his quæ in testam. delentur*; ibi: *Legi autem sic accipiendum, non intelligi sed occulis perscipi, quæ sunt scripta: cæterum si extrinsecus intelligitur non videbũtur legi posse, & l.* 1 *ff. si tab. testamẽti nullæ extab.* ibi: *Si ita deletum sit quod penitus legi non possit non datur bonorum possessio, quia ex coniectura non videtur scriptus.* Y esto en Aragon procede cō mayor rigor, pues no se admiten interpretaciones extrinsecas, que no se leã en la carta, Portol. *in verb. Forus*, *num.* 18. conduce el motivo del processo D. Martini Perez de Pomar, en la causa de Rosales, ibi: *Nec liberum esse debet iudicantibus pro arbitrio suo defuncti hominis voluntatem commentis suis in vtramque partem retorquære; animus nãque hominis multas habet latebras, & recessus. & ideo merito dictum est parvum est cor hominis, & inscrutabile, & quis cognoscit illud? Solus Deus, qui scrutator cordium est, & cui nihil occultum, & omnia patent*, alia plura apud Sesse *decis.* 95. *num* 26. *& decis.* 362. *num.* 34. *& decis.* 254. *num.* 11. Caianate *cons.* 4. *num.* 150. *& cons.* 60. *in fine.*

310 La

310 La decima sexta razon, porque es impossible que valga este asserto testamento, es, porque de las lineas en blanco, se presume, que la escritura no està perfecta, ni la voluntad del testador deliberada, sino que es vna disposicion preparatoria de testar. Dixolo Xamar *p.* 1. *rerum iudicatarum definit*. 36. *num*. 17. ibi: *Insuper ex pluribus albis dimissis præsumitur scripturam non esse perfectã, neque testantis voluntatem deliberatam, sed esse quandã præparationem ad testandum, vt dicitur in posteriore regia conclusione referente Guardiola. Quæ quidem præparatio ad testãdum nullo modo vires habet testamenti ex his quæ late tradidi in mea ciuili doctrina* §. 15. *num*. 21. *cum seqq. & num*. 32. *& seqq. Anton. de Gamma decis*. 221. *Cancer p*. 1. *cap*. 4. *num*. 96. 97. *&* 98. La Real Audiencia de Cataluña en grado de revista resolviò lo mismo, cuyo motivo fue: *Quia ex pluribus albis relictis innuebatur non fuisse deliberatam adhuc voluntatem dicti testatoris dum cartam illam scribebat tam circa expressionem quantitatum, quam aliàs*, apud Xamar vbi supr.

311 Y aunque los blancos no los dexò el testador, sino que los hizo el tiempo, se ha de suponer: que este asserto testamento està rompido, como lo atesta el Notario que registrò, y en las roturas no se puede saber si el testador deliberò su voluntad, ò no, ni se sabe si las dexò en blanco, ò dispuso alli alguna cosa, ni què es lo que alli dispuso; y aunque las arrugas, y dobles del pergamino sea causa de las roturas; pero tambien son causa, de que no se sepa, si en aquellas roturas auia en blanco algunas lineas, ò avia alguna disposicion, ò condicion, y de que se ignore, si la voluntad del testador estava alli deliberada a testar de lo q̃ mas que se puede leer: y en caso de duda, es mucho mas conforme a derecho, y razon, el presumir, q̃ aque-

aquellas lineas las dexò en blanco el testador: porque si se presume, que alli dispuso algo, cae esta presumpcion, sobre cosa incierta, porque no se sabe, lo que se ha de presumir que dispuso, y la incertidumbre deshaze, y destruye la presumpcion, pues aquella se ha de formar sobre sugeto, y no auiendolo, es impossible el presumir alli disposicion alguna, quia non entis nullæ sunt qualitates, *l. eius qui in Provincia, ff. reb. credit. cum vulgatis*, Sesse *decis.* 188. *num.* 14. & 24. qualitas enim reique non est non potest considerari, Oldrad. *cons.* 203. Surdus *cons.* 34. *num.* 13. & vbi deficit subiectum non potest qualitas adesse, Fulgosius *cons.* 93. *vers. In proposito*; & quod qualitas præsuponat existentiam rei, vel facti qualificati, adeo vt nisi probetur res, vel factum non probatur illius qualitas, ex Baldo, & alijs Barbos. *Axiom.* 196. *n.* 2 & 3.

312 A mas, de que lo mismo es estar roto el pergamino, y las lineas inlegibles con la circunstancia de no saberse, si en las roturas dispuso algo el testador, que si èl mismo las huuiera dexado en blãco para el efecto, quia non entis, & non apparentis idem est iudicium, & paria sunt rem non esse, & non apparere, *l. duo sunt Titij, ff. de testament. tutela, l. in lege* 77. *ff. de contrah. empt. l. cum res, §. itaque, ff. de legatis* 1. Surdus *decis.* 149. *nu.* 2. & *decis.* 306 *num.* 13. & *cons.* 245. *num.* 13. & *cons.* 377. *num.* 25. Rota apud Farinac. *p.* 1. *recent. decis.* 167. *num.* 35. & sunt æqualia non esse, vel reperiri non posse, *l. cum vnus, § fin. ff. de bon. Auth. iud. possid.* Bald. *per text. ibi. in l. cum ita, §. species, ff. de legatis* 2. vel non esse, aut probari non posse, Barbos. *Axioma.* 162. *num.* 2. 3. & 4. Luego si aviendo dexado estas lineas el testador en blanco, el asserto testamento seria nulo, segun la doctrina de Xamar, y la decision de la Audiencia Real de Ca

ta-

taluña, lo mismo parece que se ha de dezir, no cõstando, como no consta, por estar rompido el asserto testamento, si dichas lineas las dexò el asserto testador en blanco, ò dispuso alli alguna cosa.

313 La decima septima razon, porque es nullo este asserto testamento, es, porque le falta el lugar donde se otorgò, que es requisito substancial de qualquiere instrumento, *cap. quoniã contra de probationibus*, *Glos. in cap. Abbate, verb. censetur de re iudicata in* 6. vbi Barbos. cum innumeris Molin. *in verb. Notarius, vers. Notarius in signo, fol.* 232. *& verb. Reparatio. vers. Si in facto appellationis*, Sesse *decis.* 147. *in fine*, Borrell. *summa decis. p.* 2. *tit.* 18. *num.* 43. Menoch. *præsumpt.* 84. *per tot.* y este defecto es de calidad, que no se puede suplir cõ provanza presumptiva, Menoch. *cons.* 288. *num.* 13. *& num.* 28. *vol.* 3. Mantica *de coniectur. lib.* 2. *tit.* 4. *nu.* 5. Optime Cæphal. *cons.* 622. *per totum*, Gamma *decis.* 87. singularmente en los testamentos por el mayor peligro de falsia, Beroius *cons.* 92. *vol.* 3. Hieron. de Leon *decis.* 40. *num.* 45. *&* 149. *tom.* 3.

314 La decima octava razon es, porque el sucessor del rogado, no dize que lo comprueva con nota original, ni que le estè cometida, ni aun dize, que el rogado lo testificasse; ni consta de nota, ni de tal comission, todo lo qual es defecto visible, è insuportable, con el qual no se le puede dar fè a ningun acto, vt docent Alexander *cons.* 187. *num.* 4. *vol.* 6. *& cons.* 198. *num.* 1. *vol.* 7. Roland. *cons.* 32. *num.* 16. *&* 17. *vol.* 2. Boherius *decis.* 36. *nu.* 4. *&* 5. Curtius junior *cons.* 162. *num.* 1. Panormitan. *in cap. cum P. Tabellio. num.* 2. *de fide instrum.* Guido Papæ *decis.* 2. *num.* 3. *in fine, & decis.* 222. *num.* 6. *& decis.* 404. *num.* 1. Portoles *in verb. Notarius, num.* 39. *vers.*

vers. Rursus præfata sententia in tantum vera est, y la
Real Audiencia *in processu Appellationis Don Ferdinan*
di de Gurrea & Aragon, die 3. *Iunij* 1634. dixo: *Qui-*
nimo, nec à sua nota originali dictum instrumentum ex-
traxisse asseverat, nec cum ea illud correxisse: Particular-
mente, no pareciendo la nota: y es bien de notar a propo
sito de este punto, lo que pondera Salazar de Mendoza
en la Coronica del Cardenal de Tavara, *c.* 4. *fol.* 19. que
se lee en la Sagrada Escritura *lib.* 1. *de Esdras cap.* 2. que
los hijos de Abia, y Acòs fueron repelidos del Sacerdo-
cio, porque no hallarõ las escrituras de sus genealogias,
sin que se les admitiesse otra prueva.

315 Y respondiẽdo a la antiguedad del tiempo con q̃
esforçavan el valor de aquellos instrumentos, prosigue
el motivo con lo mismo que nosotros dezimos a la par
te contraria, ibi: *Præterea antiquitas temporis, & aliæ*
coniecturæ & præsumptiones, quæ pro parte Don Marti-
ni de Bardaxi considerantur ad adiuvandum fidem di-
ctorum instrumentorũ, non potuerunt nos movere ad im-
pellendum animum, ut nunc adhiberemus illis fidem, &
authoritatem: Quippè, nec antiquitas tẽporis, nec aliæ
coniecturæ, & præsumptiones iuvare, nec adminicula esse
possunt quando contrarium aperte legitur; & elicitur ex
thenore, & contextura eorumdem instrumentorũ. Cuya
razon motiva, es moi ajustada a las disposiciones juridi-
cas, pues como yà he fundado arriba, querer deslũbrar
los defectos, y nulidades, que occulo corporeo percipiũ-
tur, & per evidentiam facti, constan con presumpciones
de antiguedad de tiempo y conjecturas falibles, es que-
rer, que la presumpciõ no ceda a la verdad, y que no val-
ga la luz mas que las tinieblas.

316 La dezima nona razon, porque es nulo el asser-

to testamento, y no deve hazer fè, ni se puede hazer caso dèl, es, porque està nulamente transumptado contra las disposiciones juridicas, y la inmemorial costumbre de transumptar los instrumentos en esta Corte, y Tribunal de V. S. pues como dize Castillo *lib.* 2. *controuers. cap.* 16. *num.* 45. *Secundo deducitur instrumentum desumptum ex prothocollo, seu registro vicioso, & non solemni nullum esse tamquam extractum, & productum à radice infecta & viciosa*, & ex Ancharrano *cons.* 431. *col.* 1. Berous *cons.* 1. *num.* 2. Corneus *cons.* 70. *col.* 2. *vol.* 4. Parisius *cons.* 27. *num.* 13 & 14. *vol.* 2. Rolandus *cons.* 32. *num.* 26. & *vltim. lib.* 2. & *cons.* 44. *nu.* 16. *lib.* 1. Purpuratus *cons.* 172. *in fine, lib.* 2. Cæphalus *cons.* 409. *n.* 2. *lib.* 3. Hyppolitus Riminald. *cons.* 109. *lib.* 2. & alijs quos citat Castillo vbi proxime.

317 El asserto testamento no se ha registrado en esta Corte conforme a las disposiciones de derecho, porq̃ segun derecho, para registrar qualquiere instrumento, es necessario citar a la parte interessada, y a quien le puede importar, que no valga el instrumento que se registra, porque entonces se trata de su perjuizio, y registrandole sin citarle, ni oirle, se obra nulamente, y el registro es nulo, vicioso, y como sino se huuiera hecho, vt post Bart. Baldum, Iassonem, Alexandrum, Panormitanum, Deciũ, Felinum, Imolam, & alios Sigismundus Scaccia *de iudicijs lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 528. & 529. & 396. Pareja *de instrument. ædit. tom.* 1. & *in addit. pag.* 57. *post lin.* 30. Couarrub. *practicar. cap.* 21. *num.* 4. & *seq.* Aviles *cap.* 19. Prætorum *Glos. transladen.* & *cap.* 6. *Glos. copia n.* 4. Afflictis *decis.* 6. & *lib.* 1. *Const. Neapolit. tit.* 73. *n.* 59. & 60. Parlador. *rerum quotidianar. lib.* 2. *cap. fin.* 1. *p.* §. 12. *Limitat.* 2. *num.* 18. & 19. Natta *cons.* 143.

lib.

lib. 1. Roland. *conſ.* 69. *num.* 57. & 58. *vol.* 3. & *conſ.* 32. *num.* 21. & *ſeqq. lib.* 4. Gratus *reſponſ.* 57. *num.* 20. *vol.* 2. & *reſpon.* 37. *num.* 37. *vol.* 1. Caſtillo *lib.* 2. *controuerſ. cap.* 16. *num.* 55. Mandellus de Alba *conſ.* 101. *num.* 4. Prateius *lib.* 9. *reg.* 434. Boerius *deciſ.* 36. Bertrandus *conſ.* 290. *num.* 6. *volum.* 3. & *conſ.* 19. *num.* 1. *vol.* 1. & *conſ.* 229. *nu.* 2. *vol.* 6. Burſatus *conſ.* 123. *n.* 10. *lib.* 1. Tiber. Decian *conſ.* 18. *à princip. vſque ad nu.* 18. *lib.* 2. & *conſ.* 27. *lib.* 1. Anton. Sola *ad decreta. Sabaud. tit. de oppoſit. contra formam extrinſecam inſtrument. Gloſ.* 1. *num.* 3. Gratian. *diſcept. Forenſ.* 159. *nu.* 25. Giurba *deciſ.* 26. *num.* 3. Portol. *in verb. Exhibitio, num.* 6. Seſſe *deciſ.* 201. *num.* 27. & 35. & alij relati ſupra *num.* 211. Y eſto nò ai autor, que lo ponga en duda, ſino que vniformemente tienen por nulo el inſtrumento que ſe regiſtra ſin citar al intereſſado.

318 Tampoco ſe ha regiſtrado el aſſerto teſtamento conforme a la coſtumbre inmemorial de eſta Corte, porque la coſtumbre que dizen, Rolando *conſ.* 69. en la cauſa de Puibolea *num.* 60. *vol.* 3. Monter. *deciſ.* 44. *n.* 13. Seſſe *deciſ.* 187. *num.* 39. & *deciſ.* 201. *num.* 37. Cancer *variar. reſolut. lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 236. & *ſeq.* Pareja *de inſtrum. ædit. in Addit. ad* 1. *tom. pag.* 73. *poſt lin.* 38. *in fine, tom.* 2. De regiſtrar los actos en eſta Corte, ſin citacion de parte, la entienden de aquellos inſtrumẽtos que eſtàn legibles, perfectos, ſolemnes, ſin vicio viſible, ni aparẽte, que no ſe puede traer en diſputa ſu valor: pero no en manera alguna de los inſtrumentos defectivos, vicioſos, y borrados, cuyo valor es diſputable, y puede ſer a alguno de perjuizio; la razon es, porque el Iuez antes de mandarlo regiſtrar, deve reconocer el inſtrumẽto ſi tiene algun vicio aparente, y ſi no le tiene mandar-

lo registrar: Si le tiene no lo podrà mandar sin citacion de parte: bastantemente se explica el Señor Reg. Monter. d.decis. 44. *num.* 12. ibi: *Inquit, quod si de mandato Iudicis, & Iudice præsente, & examinante an sint sine vicio, & mandante postmodum in actis redigi, tunc non erit opus illa vlterius in iudicio exhibere, & hanc redactionem in scriptis appellant registrationem omnes Scribentes, vt constat ex traditis per Felin. ibid. sub num.* 51. *& à Decio post num.* 219. *vers. Expeditis vbi prosequitur duas quæstiones post Abbat.* 1. *An instrumentum productum, & registratum in actis probet absq; eo, quod originale vlterius producatur, in quo præfati DD. vna cum Abbate concludunt id quod supra, & Decius num.* 223. *inquit postea in vers. Et prædicta conclusio. Illud verum esse quando totus tenor instrumenti de verbo ad verbum fuisset registratus, & quod aliàs secus, allegando in id Innocent. in cap. cum in iure peritus de officio delegati, & Bart. in l. Chirographi de administrat. tutor. & hanc registrationem, ita debito modo factam inquiunt DD esse tanti momenti, quod illud registrum censeatur esse authenticum, & originale instrumentum, taliter, vt fidem faciat, etiam nō constito de illo anteriori originali.* Y luego inmediatamente dize, que respecto de la citaciō por costūbre inmemorial està introducido en esta Corte el no ser necessaria.

319 El Señor Reg. Sesse *decis.* 201. *num.* 44. dixo, que esta costumbre inmemorial de la Corte, no era de transumptar, ò registrar a diestro, y a siniestro, qualesquiere instrumentos de qualquiere manera que vinieran: sino que dicha costumbre no permite facilmente, ni a cada passo hazer estas registraciones, sino con gran cautela, y cuidado de los Señores Lugartenientes, reconociendo, y es-

y escodriñando el original con suma vigilancia; y si se halla solemne, perfecto, y sano aprovandolo: y si se halla maculado, defectivo, y viciosa, reprovandolo, y negando la registracion, que esto es lo que la costumbre de dicha Corte ha introducido, y desta manera permite el registrar sine citatione partis, ibi; *Quæ non ita passim, & sine delectu eas fieri permitit, sed cautissime in ipsis se habendo: D. etenim Locumtenens, qui Curiæ præest celebrationi coram quo in iudicio, & pro Tribunali fieri petuntur, præter quam, quod coram ipso productum diligenter rimatur, & præscrutatur, ad cæteros collegas; & Cameram Consilij illud remitit, vt ab omnibus visum, recognitum, & approbatum, cum Notarij Actuarij Actorũ Curiæ præsentia; Tandem illum transumptari, & exemplari, authoritateque Communiri permitat.* Este cuidado cõ q̃ ha introducido la costũbre de la Corte las registraciones de los instrumentos: Esta vigilancia de los Señores Lugartenientes en registrarlos; esta cautela en reconocerlos, esta asistencia, y presencia del Notario Actuario en su examen, para què puede ser? Sino para que no se registren si se hallan defectuosos; el asserto testamento original lo estava quando se registrò: Luego se registrò nulamente, y contra la costumbre de este vigilantissimo Tribunal de la Corte.

320 A mas, de que las registraciones de los instrumentos que se hazen en esta Corte, como no se hazen con juizio contradictorio, sino per modum primæ provisionis, el Señor Lugarteniente Relator, que mandò registrar el asserto testamento, deuia hazer oficio de parte, y oponer las excepciones contra el asserto testamento, que huviera opuesto mi parte si la huvieran citado, Portoles in *verb. Exceptio, num.* 57. & *verb. Rex, num.* 117.

Sesse

Sesse *de inhibit. cap.* 5. §. 6. *num.* 53. Bardaxi *in Foro* 2. *num.* 7. *de Apprehens.* Suelves *cons.* 9. *semicent.* 2. ni le opuso las excepciones que devia oponerle, ni hizo oficio de parte, ni tal consta, ni puede presumirse, porque estan dando vozes las lineas defectivas, de la asserta escritura transuntada, y publicando esta omisSion, y nulidad; de cuya evidencia es clara demonstracion el efecto de averle registrado: Luego esto se hizo nulamente contra el derecho comun, y costumbre inmemorial de este Ilustrisimo Tribunal de la Corte.

321 Vltra de esto, la costumbre que ha introducido esta Corte de registrarse los instrumentos sin citació de parte, es strictissimi iuris, como lo es qualquiere otra costumbre, vt cum Valenzuela, Ciriaco, Giurba, Michalorio, & alijs ab eis relatis diximus *supra num.* 199. y no se puede estender de vn caso a otro, vt ex ipsis Authoribus constat, ni de vn Tribunal a otro; y asi, si en la Real Audiencia, ò en los Tribunales de otros Iuezes ordinarios del Reino se huvieran de registrar, se devia citar a los interessados, de otra manera la registracion seria nula, como dixo el Señor Reg. Monter. *decis.* 44. *nu.* 14. ibi: *Et si in alijs Curijs & Audientijs Regni peterentur fieri talia sumpta illa non valerent, nisi servatis quæ traduntur ab Abbate, Felino, Decio, & ab alijs omnibus Doctoribus.*

322 Y es digno de considerarse en esta manera vn discurso del Doctor Antonio Labata, eminentissimo Practico, y Advogado antiguo deste Reino, quem tradit Monter *d. decis.* 34. *n.* 16. *vers. Nec obstat.* ibi: *Nunquam enim visum fuit, nec auditum, quod reperto ipso registro, & instrumento insinuationis imperfecto, manco, & invalido modis prædictis, donationes, & insinuationes re-*

reputatæ fuerint, & obseruatæ tamquam validæ, & efficaces, vnde ex illa obseruantia, & praxi non potest argui ad correctionem huiusmodi tam necessariæ, & præcisè obseruationis, admodũ distinctæ, & separatæ ab eo, quod dicitur sæpè practicatum, & obseruatum, diversissimum enim est, quod ante actualem registrationem Iudex ex solo mandato registrãdi dicat se admittere insinuationem, & interponere decretum, ab eo, quod nunc tractatur, & in contẽtionẽ, atque controversiam deducitur: An constito ex visura occulari, & inspectione notulæ, & de imperfectione, vicio, & nullitate insinuationis, donatio ipsa sit seruanda contra tenorem tam expresse legis, & decreti annullantis in ea positi. Ita, vt probandum fuisset in specie, quod de consuetudine, talia vicia, & imperfectiones non sunt invalida, neque annullabant ipsas donationes, est enim apud omnes receptissimum, quod consuetudines non habent plus de potẽtia quam de vsu, & actu. Ita quod si consuetudo de aliquo non disponit, necnos debemus disponere, maxime in consuetudine quæ est contra ius in qua nihil debet suppleri præter solitam obseruantiam, vt tradit Bald. in cons. 275. lib. 2. & dicit Bald. in l. fin. C. communia vtriusque Iudicij, quod consuetudo restringitur ad actus, in quibus inducitur, & quod proprios facti terminos non excedit, constat ex Aretino in cons. 44. & 132. & Socin. in cons. 187. & Decio in cons. 536. & Alberto Bruno in cons. 20. in fin. & ex alijs quã pluribus citatis ab Aymone in tract. de antiquitate tempo. 4. p. post n. 43. qui ex pluribus comprobant, quod consuetudo non recipit extensionem personarum, neq; actuũ, vt etiam tradit elleganter Aymon in cons. 96. col. 2. Ita vt ex omnibus prædictis constet donationem ipsam, nec aliquo modo efficacem censeri posse, nisi omnia iura tam

 com-

communia, quam particularia Regni lacerentur, quæ dixerim salva correctione, censura, & iudicio dominorum meorum iudicum, quos summopere rogo, vt videãt in hoc negotio, quod nedum non constat de contraria consuetudine, sed quod etiam probatum est semper fuisse consuetũ, & observatum in tota illa Communitate Calataiubij donationes ipsas fuisse ab integro, & de verbo ad verbum registratas in actis, & prothocolis iudicialibus. Ita, quod etiam si diceretur prothocolum dicti Notarij productum in huiusmodi processu esse tenendum pro nota, & prothocolo iudiciali, sive regestro Curiæ, nihilominus existente dicto effectu, & vitio; omniaque ex eo fuerunt sumpta, & quæ exadverso prætenduntur sunt inania, & sine fundamento aliquo. Hæc ex officina D. Antonij Labata deprompta habes (Lector) &c.

323 No se ha acostumbrado jamas, ni se ha visto, ni en dias de Dios se ha oydo, que hallandose vn instrumento imperfecto, manco, vicioso, y defectivo con tantas lineas inlegibles, sin constar del lugar en que se testificò, ni de nota original, ni de la comissión de las notas al Notario sucessor, ni de averle aquel comprovado; con tantos vicios, defectos, y nulidades visibles, y aparẽtes, se aya registrado en esta Corte sin citacion de parte: pues como se pudo hazer lo que jamas se ha hecho? Y como se pudo registrar este asserto testamento en perjuizio de tercero, sin citarle, ni oìrle? con capa de costumbre inmemorial de esta Corte, no auiendo tal costumbre? si solamente de registrar los instrumentos perfectos, que a nadie son de perjuizio? Y como se puede estender esta a la registracion de los instrumentos que son de grave perjuizio, y de tan considerable como el asserto testamento? quando dizen los DD. que para registrar vn instrumen-

mento que puede ser de perjuizio, aunque el perjuizio sea incierto, y disputable, se han de citar a los interessados, vt patet ex Pereira *de empt. & vendit. cap. 35. num.* 29. vbi ex Alciato, & alijs id firmat Gratian. *tom. 5. discept. Forens. cap.* 859. Suelves *cons. 7. nu. 4. semicent.* 1. parece, que de dicha costumbre devia constar en especie, como dixo Labata, ò almenos, devian atestar los Autores Practicos de nuestro Reino, especificamente que avia tal costumbre de registrar instrumentos inlegibles, y defectivos in citata parte: porque de otra manera, tambien parece impossible, que el asserto registro, ni el asserto testamento, valgan, *nisi omnia iura, tam communia, quam particularia Regni lacerentur*, como sintiò Labata apud Monter vbi supra.

324 Singularmente siendo la costumbre de registrar los instrumentos perfectos, sin citacion de parte contraria, y de tanta resistencia a las disposiciones del derecho, que es inductiva de vna presumpcion, que violentamente, y como forçando al entendimiento humano, persuade la verdad del instrumento registrado. Dixolo elegantemente el D Pastor apud Sesse *decis.* 201. *num.* 40. *to.* 2. ibi: *Et cum ex Iudicis præsentia, & authoritate stylus, sive consuetudo Regni pro veritate transumpti violentam ducat præsumptionem, adversarius de cætero contra transumptum opponet, quidquid opponere posset, aut deberet contra originale D. Monter d. decis.* 44. *n.* 14. *ex Baldo in d. Authent. si quis in aliquo, num.* 21. *Thepatus to.* 1. *fol.* 4. *vers. In exemplatione.* Y es de notar, que quando dize, que la parte deve oponer contra el transumpto, habla del vicio latente de falsia, vt constat per discursum illius decisionis; Porque el vicio visible, y aparente èl mismo enseña en el *n.* 44. que el Iuez lo deve oponer.

325 La vigesima razon, porque no se deve hazer caso del asserto testamento, es, porque quãdo consta al Iuez que ai interessados, que sientan perjuizio en la extracció, de vn instrumento no le puede mandar sacar sin citació de la parte interessada, *Observant. Item si quis perdat, & observant. penult. de fide instrumentor.* ibi: *Quando petitur instrumentum ammissum reparari, si ex nota constet, quod interest alicuius se opponere vocabitur*, Ferrer *in Practi. Iudic. fol.* 45. Sesse *decis.* 83. *&* *decis.* 147. *& decis.* 257. Petrus Molin. *in processu super extractat. instrument. fol.* 342. Molin. *verb. Censualia, vers. Die* 16. *Ianuarij, fol.* 64. *col.* 2. vbi Portoles *nu.* 21. *&* *in verb. Instrumentum, num.* 15. *cum seq.* Y lo mismo procede de derecho, *l. si quis, §. nec iterum, ff. de edendo*, Felin. *in cap. cum inter priorem, num.* 11. *de exceptionibus.* Y aunque estas doctrinas hablan, y se exemplifican en instrumentos debitorios, pero la razon influye igualmente en qualquiere otro instrumento, como lo entendiò V.S. en el testamento del Conde de Aranda, en la revocacion del decreto del *prout iacet*, in processu Ioannis de Almeda, *super compulsa.*

326 De donde se infiere, que aun quando huviera costumbre de registrar instrumentos de perjuizio visible y aparente non citata parte (quod absit) y aun quando validamente se huviera registrado el asserto testamento del Señalero (quod negamus) no pudo mandarse sacar transumpto del registro, ni procederse a extraccion del asserto testamento, que nulamente se ha hecho fè en este processo, sin citar, y oìr a mi parte, como interessada en que no se sacasse; porque si el registro se tiene por nota original, constando como consta por dicho asserto registro, que podia ser de perjuizio el sacarle en publica forma,

ma, ſin oìr al intereſſado, parece que no ſe podia ſacar, ſin citarle, de la miſma manera q̃ no ſe pudiera ſacar en publica forma de ſu nota original, ſin citar, ni oìr a la parte intereſſada.

327 La vigeſima prima razon, porque no ſe puede hazer merito del aſſerto teſtamento, es, porque vna de las principales diferencias que notan los DD. entre el vicio viſible, y el vicio latente de vn inſtrumento, es, que quando ſe trata del vicio viſible, aquel que vſa, y ſe vale del inſtrumẽto vicioſo ha de provar la verdad, y purgar el vicio con provanza de teſtigos: Pero quando ſe trata del vicio latente, el que opone del vicio contra el inſtrumento deve provar la excepcion del vicio que le opone, vt ex Bart. Baldo, Felino, Cæphalo, Burſato, & alijs tradit Menoch *lib.* 1. *Præſumpt. quæſt.* 99. *num.* 20. Ciriacus Nigrus *controverſ,* 410. *num.* 4. *lib.* 3. ibi: *Declarat differentiam inter vicium viſibile, & inviſibile, ſeu latens, vt primo caſu, is qui vtitur inſtrumento, vel ſcriptura teneatur probare illius veritatem; Secundo vero caſu probatio illi incumbat, qui ſcripturam impugnat.*

328 En el caſo preſente el aſſerto teſtamento del Señalero tiene vicio viſible, ſoſpechoſo ſaltem, y diſputable, y es impoſsible el coadiuvarle cõ teſtigos, por ſer el proceſſo de lite pendente ſumario poſſeſſorio, y executivo en que ſe trata del remedio de la *l. fin. C. de edicto D. Adr. Tol.* en el qual no ſe admite al heredero eſcrito a coadiuvar el teſtamento con teſtigos, Bald. *in l.* 1. *col.* 1. *C. vt in poſſeſ. legatorum, & in l. fin. nu.* 12. *C. de fide inſtrument.* Aretin. *in l. certi condictio,* §. *quoniam, num.* 7. *ff. ſi certum petatur,* Felin. *in cap. ex literis, col. vlti. verſ. Nota ſexto, de fide inſtrum.* Laderec. de Immola *conſ.* 66. *num.* 1. *& conſ.* 69. *nu.* 3. Menoch *de Adipiſcen-*

cen-

cenda,remedio 4. *nu.* 704. Peregrin. *de fideicom. art.* 48. *num.* 28. Cæſar Argelo *de legit.contradict. q.* 11. *art.* 4. *à num.* 48. *& ſeqq.* Y Fabro dize, que ſe juzgò aſsi muchas vezes en el Senado de Saboya in ſuo *C. lib.* 6. *tit.* 14. *definit.* 1. *& definit.* 3. Luego no ſe incluye bien la parte contraria con el aſſerto teſtamento del Señalero.

329 La vigeſima ſecunda razon, es, porque en juizios como eſte, no deve meterſe el Iuez a averiguar lo intimo del teſtador, ni a ſuplir los defectos, y vicios del teſtamento con interpretaciones de lo antecedẽte, y ſubſiguiente, ni a darle cadencia al ſentido de la eſcritura defectiva, que eſſo ſeria bueno para el juizio de la propriedad, pero en eſte ſumario poſſeſſorio, ſolamente ſe ha de reconocer por la cara, y ſuperficie, y ſi en ella eſtà el teſtamento viciado, y vituperado, no deve ponerſe en mas, ni hazer caſo dèl, Cæſar Argelo *de legitimo contradict. d. q.* 11. *art.* 4. *num.* 51. ibi: *Tertio, quia apud omnes receptum videtur Iudicem ſequi debere aparientiam, & debere moveri prout prima facies teſtamenti demonſtrat, ex Bald. in d. l. fin. C. de edicto D. Adr. Tol. nu.* 6. Zucard. *num.* 82. Decius *num.* 15. Menoch. *de adipiſcenda remed.* 4. *num.* 683. *cum ſeq.* Y en el *num* 54. *in fine,* dixo, que eſta materia ſe devia mirar leuemente por la apariencia, ibi: *Ideo res etiam leuiter perpendenda ſola inſpecta apparientia, ita Decius in l. noſtra num.* 10.

330 Como ſe puede negar, que en la apariencia eſtà el aſſerto teſtamento viciado, vituperado, y defectivo? quando ay motivos, y fundamentos relevantiſsimos para declararlo nulo en vn juizio plenario, y de propriedad, quanto mas en vn juizio ſumariſsimo poſſeſſorio, como es eſte, en el qual, ni ſe puede coadiuvar con teſtigos, ni ai contradictorio, ni recontradictorio, como en

vn

vn juizio plenario, en que exactamente se puede averiguar la verdad de lo que falta: *Quãdo prothocolum adeo imperfectum est* (dixo Moncer. *decis.* 44 *num.* 48.) *quod non habet consonantiam efficacem, puta, si in eo dicatur, Titius vendit his pactis, & non est aliud, tunc nihil probat l. contractus, C. de fide instrum. l. in civile de legib. Felin. post alios in cap. cum P. Tabellio in princip. num.* 6. *de fide instrument. Mascard. conclus.* 1243. *in fine, Carpanus in Constit. Mediolani p.* 1. *cap.* 330. *num.* 47. *atque vt eleganter tradidit Anto. Butr. cons.* 11. *in princip. Prothocolum est aliquãdo imperfecte scriptum circa intentionẽ substantiæ contractus, quia apparet ex eo, plus fuisse de intentione contrahentium opponi, & tunc prothocolum, nihil probat sequitur eum Mascard. conclus.* 4. *à num.* 4. *Optime Bertazol cons.* 14. *num.* 36. *& seqq. in civili, atque vt ex Specula. asserit Puteus de resumpt. instrum. cap.* 1. *num.* 5. *Abreviatura si ita inueniatur abreviata, quod nescitur quid dicere vellit, si contractus est celebratus in scriptis non potest publicari.* En este asserto registro del pretenso testamento que ha servido de protocolo se halla menos escripto de lo que fue de la intencion del testador, y no tiene consonancia lo antecedente con lo subsiguiente al defecto de las lineas, ni se puede saber lo que en ellas falta: Luego no puede aver mayor argumento de su nulidad en qualquiere juizio q̃ se trate, quanto mas en este sumarissimo possessorio.

331 La vigesima tercia razon, porque es nulo el asserto testamento, es, porque el decreto que le mandò registrar fue para vn fin imposible, pues fue para que se le diera plenaria fè al asserto transumpto, como se contiene en el decreto, ibi: *Decernens, quod eidem transumpto ab omnibus in iudicio, & extra fides plenaria adhibeatur.*

tur. Y esto es impossible, porque darle fè plenaria, es dar fela enteramente en todo lo que el testador dispuso: no se le puede dar fè enteramente a todo lo que el testador dispuso, porque no se sabe todo lo que dispuso, sino que se ignora mucha parte de su asserta disposicion: Luego el asserto decreto en esta parte es nulo, frustraneo, y para efectos inutiles de iure, & Foro.

332 Los decretos, de su naturaleza son individuos, Afflictis *decis.* 218. Roman. *in l.* 1. §. *penult. ff. de v. obli.* & *cons.* 454. *num.* 12. Petrus Surdus *decis.* 45. *nu.* 3. & *decis.* 74. *num.* 8. & *cons.* 39. *num.* 5. & *cons.* 217. *n.* 17. Tiraquel. *lib.* 2. *de retractu*, §. 23. *Glos.* 1. *num.* 23. Cartarius *decis.* 39. *num.* 3. & 22. Costa *de ratione rata*, *q.* 26. Cancer 3. *p. variar. cap.* 17. *nu.* 328. Gratian. *to.* 1. *discept. Forens. cap.* 162. *à num.* 18. *cum seqq.* Gamma *decis.* 4. *num.* 4. Giurba *decis.* 89. *num.* 2. Salgado *de Regia protect.* 4. *p. cap.* 14. *num.* 197. & *seqq.* y siendo nulos en parte, lo son en todo, quia in individuis vtile per inutile viciatur, *l.* 1. §. *Item quæritur*, & §. *Trebatius*, *ff. de aqua quotid.* & *æstiva. cap. cum super de officio delegati*, Lapus *allegat.* 81. *num.* 5. Surdus *de alimentis*, *tit.* 7. *q.* 17. *num.* 27. & *decis.* 7. *nu.* 35. Romanus *cons.* 506. *num.* 13. Castrensis *cons.* 341. *num.* 2. *lib.* 1. Cæsar Argelo *de legit. contradict. q.* 10. *nu.* 149. Barbos. *Axiomate* 231. *num.* 3. Rota apud Farinac. *p.* 2. *recent. decis.* 631. *num.* 7. Luego el asserto decreto, que mandò registrar el pretenso testamento, y que hizo nota original de aquel en los registros de esta Corte, fue nulo: *Vt enim viciosa nota viciare debeat extractum* (dixo la Real Audiencia die 30. Augusti 1597. in *processu appellationis Petri Lopez super apprehens. referente D. Santa Cruz apud* Monter *decis.* 44. *num.* 51. *col.* 2. *in finen*)

su:

supponendum est illam notam, & habere substantiam aliquam, & subsistentiam dispositionis, qua reddamur certi de quo actu aut re loquitur, licet aliqua alia deficiant quæ ad robur, & validitatem actus, seu instrumenti necessaria sunt, horum namque defectus, aut ommisio bene tunc viciabit extractum. Claro està, que esta asserta escritura del Señalero tiene alguna substancia, y disposiciõ legible, por la qual estamos ciertos que habla de instituciones, y substituciones de herederos, y de legados, y obras pias: pero esto no basta, para que valga por testamento, ni para que se mandara registrar como tal, ni para hazer fè autentica, sino que a mas de esto era necessario, que no tuviera los defectos que tenia, y tiene, porque de otra manera, es fuerça que estè viciado el extracto, y la extraccion sea nula.

333 La vigesima quarta razon, es, porque las Notas, y Protocolos, aunque estèn sin sospecha, no pruevan entre tanto que el Notario no sacare dellas las escrituras en publica forma, *l. contractus de fide instrumentor.* Menoch. *de arbitrar. lib.* 2. *cent.* 2. *casu* 181. *num.* 3. Guido Papæ *cons.* 84. *num.* 3. Parlador. *lib.* 2. *rerum quotidianar.* 1. *p. cap. finali*, §. 12. *n.* 17. *&* 22. Felician. *de censibus lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 3. Sesse *decis.* 72. *num.* 6. El asserto transumpto del pretenso testamento del Señalero no està sacado en publica forma, como consta de la signatura del Notario que le transumptò, sino *prout iacet in regestro*, y esto es solamente lo que atesta, ibi: *Prout in dicto regestro Jacebat extraxi, & comprobavi*: y no dize, que lo saca en publica forma: Luego el asserto testamento no prueva.

334 La vigesima quinta razon, porque es nulo el asserto transumpto, es, porque el Notario que le transumptò

tò, no obſervò la forma del decreto del Iuez que le mandò tranſumptar, pues el decreto le mandò que ſacara el tranſumpto autentico, y en publica forma; y no le ſacò aſsi el Notario, porque no ateſta, que lo ſacara autentico, y en publica forma, ſi ſolamente *prout Iacebat*; ſeñal evidente, que dudò el Notario de ſu valor, y que no lo tuvo por eſcritura publica, autentica, y fè faciente: Y quãdo el Notario no obſerva la forma de lo que ſe le mandada acerca de la extraccion de los inſtrumentos, preciſſamente parece que deve ſer la extraccion nula, *cap. cum dilecta* 22. *de reſcriptis, cap. venerabilis de officio delegati*, Abbas *conſ.* 3. *col.* 11. *lib.* 2. Ozaſcus *deciſ.* 34. *num.* 6. Bobadilla *in ſua Politica lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 65. Pariſius *conſ.* 51. *num.* 53. *& ſeqq. vol.* 4. Tiber. Decian. *to.* 1. *crim. lib.* 4. *cap.* 25. *num.* 3. Salgado *de Regia protect. p.* 4. *cap.* 3. *num.* 108. *& ſeqq.* nam omne, quod fit præter formam mandati fit nullum adeo, vt nec valeat, vt valere poteſt, proſequitur Anton. Gravat. *in addit. ad praxim. veſtrij lib.* 5. *cap.* 13. *num.* 10. *lit. E.* porque deve guardarle como lei, iuxta illud Davidis Pſalmo 2. *A Iudicijs tuis non declinavi, quia tu legem poſuiſti mihi.* Et D. Ambroſ. *in lib. de Paradiſo*, ibi: *Si quid addas, vel detrahas prævaricatio videtur eſſe quædam mandati, ſimpliciter enim, & pura mandati forma tenenda eſt.* Todos eſtos defectos del regiſtro, y extraccion del tranſumpto, ſon de calidad que dellos no puede tener recurſo la parte contraria a la antiguedad del tiempo, pues no ha 56. años que ſe regiſtrò, y tranſumptò el aſſerto teſtamento, como ni en la verdad, parece puede ſufragarle en las demas nulidades que ſe le han opueſto, ſegun las razones que he ponderado.

335 La vigeſima ſexta razon, porque no ſe deue hazer

zer caudal del asserto testamẽto, es, porque no tiene execuciõ aparejada, pues para que la tenga, ha de estar de tal manera, que el Iuez no tenga duda alguna de su valor. Optime Cæsar Argelo *de adquir. possess. quæst.* 3. *artic.* 3. *num.* 24. ibi; *Quarto, quia ad hoc, vt testamentum habeat exequtionem paratam, debet esse tale, vt Iudex de eo nullam habeat dubitationem, vt tradunt omnes in l. nostra, prout asserit Laderech. cons.* 67. *vers. Tertio facit.* Y en el caso presente consta, que V.S. tiene dudas gravissimas acerca del valor, y nulidad del asserto testamento, pues a mas de las que V.S. nos ha comunicado en voz inter informandum, sabe V. S. que a la parte contraria le ha comunicado dudas formales por escrito zanjadas en relevantissimos fundamentos acerca de su valor; con que parece, que esto solo bastava para que en este juizio sumarissimo no se conociera del valor, ò nulidad del asserto testamẽto, ni se tuviera por executivo, ni por inductivo de caso manifiesto.

336 Dixolo gallardamente con el apoyo de nuestros Practicos Larrea *alleg.* 95. *num.* 22. *circa med.* ibi: *Et facit, quod ex Molino, & Bardaxi probavit Sesse de inhibit. cap.* 2. § 2. *num.* 27. & 2. *p. decis.* 118. *num.* 9. *Vnam solam scintilam offuscare fidem instrumenti, vt non possit dici manifestum probatio probata quando veritas in dubium revocatur, vt ex Decio, Ruino, Iassone, Ancharrano, Butrio, Socino, Fulgosio, Cæphalo, Rolando, Croto, Surdo, & decissionibus Rotæ, & Pedemõtana probavit Marius Muta decis. Siciliæ* 23. *num.* 5. Y que qualquiere duda sea bastante a quitarle la fè, lo pruevan la *l. Neque naturale, C. de probatio. cap. in præsentia extra eod.* Casanate *cons.* 57. *nu.* 49. idem Sesse *decis.* 393. *num.* 120. y assi dizen los DD. que su fè ha de ser indubi-

bitable, *ex l. 4 §. condemnatum de re iudicata*, Camillus Borrellus *in summa decis. p. 1. art. 18. num. 86.* Bertazolus *in tract. de claus. instrum. claus. 4. Glos. 19. n. 1.* Rubeis *decis. 596. num. 3. tom. 3.*

337 Por el Zalmedina de esta Ciudad fue provèido vn apellido executorio capcionario contra Vicente la Sierra, en fuerça de vn albaran algo rasgado por sus arrugas, y dobles: Informòse por el apellidado, y se revocò el apellido, y de la revocacion apelaron a la Real Audiencia, y por ser dudosa su fè, sin embargo que se podia colegir el sentido de la escritura del albaran ex antecedentibus, & subsequentibus lacerationem, se confirmò la revocacion del apellido *In processu appellationis Fracisci del Pueyo*: Pues quanto menos se le deve dar fè prompta, y executiva al asserto testamento, cuya disposicion entre las acciones privadas, es la mas grave, Cicero *Philippica 2.* y con èl Pich. *in §. sed cum Paulatim 1. n. 3 instit. de testament. ordin.* y de tanta importancia, que las leyes cuidaron con advertidas, y particularissimas prevenciones del cumplimiento de la voluntad de los testadores, Bald. *in l. non omnium, C. de testamentis*, para cuyo resguardo se introduxeron tantas solemnidades, *d. §. 1. de testament. ordin.* ibi: *Propter testamentorum sinceritatem, vt nulla fraus adhibeatur*: y mas siendo tan delicada su disposicion, que quiebra por vn hilo, *l. 1. §. filium de bon. possess. secund. tab.* y assi el derecho establecìò, que su verdad perfectissimamente constara por amplissimo numero de testigos, mas que otras escrituras, *l. fin. C. de fideicommis.* ibi: *Vt per ampliores homines perfectissima veritas reveletur.*

338 Siendo, como es, su fè diminuta, imperfecta, y fastim dudosa, y disputable, es impossible el tratarse en

jui-

juizio sumario, sino que se ha de dexar para otro juizio plenario, como lo asseguran conformemente los DD. *per textum in l. fin. C. de Ædicto D. Adr. Toll. & in cap. fin. de præsumpt.* Menoch. *de adipiscenda remedio 4. num.* 12. Anton. Gom. *in l.* 45. *Tauri, num.* 147. Burgos de Paz *cons.* 39. *nu.* 13. Anton. Faber. *C. de Ædicto D. Adr. Tol. definit.* 1. & 2. Castillo *lib.* 3. *cap.* 24. *nu.* 134. Argelo *de ligit. contradict. q.* 2. *art.* 1. *nu.* 44. donde dize practicarse asi en la Rota, y en todos los Tribunales del mundo, Salgado *de Reg. protect.* 2. *p. cap.* 13. *à num.* 52. *& de retent. Bull.* 2. *p. cap.* 34. *à num.* 78. *& seqq.* Marta *de succes. legali, p.* 4. *q.* 16. *art.* 3. *num.* 37. & 40. Peregrin. *de fideicom. art.* 48. *à num.* 23. & 40. Beroius *cons.* 177. *lib.* 1. Gratian. *discept.* 264. *num.* 43. Fontanel. *decis.* 139 *nu.* 21, Monter *in responso pro vxoris Amita, p.* 1. *num.* 11. Paulus Emilius Verallus *decis.* 274. *num.* 1. & 2. Albanus *cons.* 99. *num.* 7. Carleval *de iudicijs, tit.* 2. *disp.* 6. *num.* 13. Lancelloto *de attentatis* 3. *p. cap.* 24. *q.* 19. Paz *de tenuta cap.* 14. *nu.* 22. & *cap.* 30. *num.* 35. & 36. & *cap.* 38. *num.* 14. 16. & 22. Noguerol. *allegat.* 25. *num.* 219. y asi en este juizio deve obtener mi parte, porque el titulo de su inclusion es claro, y el titulo del asserto testamento, es dudoso, como en terminos lo dizen Bart. *in l.* 1. §. *si quis in duobus, ff. de bon. poss. secund. tab.* Bald. *cons* 435. *nu.* 1. *lib.* 4. Iasson *in d. l. fin. num.* 30. & *ibi* Zuchardus *num.* 410. *C. de Æd. D. Adr. Tol.* Achiles Persona *de adipiscenda posses. num.* 576. Socin *cons.* 156. *num.* 18. *vers. Præterea lib.* 2. Corneus *cons.* 198. *num.* 3. *lib.* 3. Molin. *de primogenijs lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 32. Surdus *cons.* 316. *nu.* 18. Mieres *de maioratu* 2. *p. q* 6. *num.* 97. Valenzuela *cons.* 97. *à num.* 216. Castillo *tom.* 6. *cap.* 130. *nu.* 2. & *cap.* 139.

nu.

num. 1. *& cap.* 180 *num.* 16. Capicius Gelco *lib.* 1. *contro* 15. *à num.* 1. *vsque ad* 10.

339 Ni obsta el averse observado el asserto testamẽto, y que en fuerça de su asserto transumpto se pronunciò sentencia in *Processu Ioannis Gascon*, en favor de Doña Estefania Fernandez de Yxar: Porque esto tiene muchas, y solidas satisfacciones: La primera es, que en dicho processo Ioannis Gascõ, antes, y despues de la sentencia, protestò mi parte contra el asserto testamento, y el asserto transumpto, y tambien contra la sentencia, en aquella parte que le dava por valido, y el efecto de la protestacion es preservar el derecho del protesto ilesso, *l. si debitor* 4. §. 1. *ff. Quibus mod. pignus, vel hypot. solvit*, & ibi communiter DD. Cancer *variar. resolut. cap.* 1. *nu.* 122. Ripoll *variar. cap.* 2. *nu.* 116. Gratian. *discept.* 515. *num.* 7. *& discept.* 246. *num.* 28. *& discept.* 937. *nu.* 27. D. Ioseph de Vela *dissertat.* 25. *num.* 56. Suelves *cons.* 32. *num.* 6. *semicent.* 1. Iranzo *de protestatione considerat.* 2. *num.* 7.

340 La segunda respuesta es, que el asserto testamento sola vna vez consta, que se aya observado, que fue quãdo se diò sentencia en el processo *Ioannis Gascon*, pues entonces, y no en otra oçasion alguna, en fuerça del dicho asserto testamento se le recibiò la proposiciõ a Doña Estefania: y para que vn instrumento nulo, è insolemne, pueda coadiuvarse de la observãcia, no basta que vna sola vez se aya observado, sino que es necessario que se aya observado vna, y muchas vezes, Castrensis *cons.* 331. *num.* 2. *vers. Et dicendum est, & cons.* 337. *num.* 4. *lib.* 1. Craveta *cons.* 701. *num.* 57. *lib.* 4. Decianus *respons.* 44. *num.* 6. *& responso* 51. *num.* 15. *lib.* 1. Mascard. *conclus.* 1045. *num.* 6. Molin. *de primogenijs*, *lib.* 2. *cap.* 6. *num.*

num. 57. *& seqq.* vbi Additionatores, Mieres *de maioratu* 4. *p. q.* 20. *num.* 336. Tuschus *lit. C. conclus.* 878. *n.* 2. Pareja *de instrument. æditione, tit.* 1. *resolut.* 3. §. 3. *n.* 150 *tom.* 1. ibi: *Quarto instrumentum hoc informe, & minus solemne, vt observantia possit coadiuvari requiritur, quod semel, & iterum fuerit observatum.*

341 La tercera satisfacion es, que el asserto testamẽto, ò trãsumpto està impugnado por el ficto, y por otros en el processo Ioannis Gascon, en los processos de las elecciones de firma que se hizieron de la sentencia que se diò en aquel, y en este processo Don Petri Georgij: de forma, que no se ha intentado valer dèl en juizio cõtradictorio, q̃ no se aya impugnado, y a las escrituras insolemnes, de tal manera les coadiuva la observancia, si cõsta averse observado en todos loscapitulos, como funda Pareja *d, tit.* 1. *resolut.* 3. §. *n.* 140. *& seq.* en donde formiter disputa esta question, y la resuelve de la manera dicha, y a los DD. que llevan no ser necessaria la observancia en todos los capitulos de dichas escrituras, les respõde *num.* 143. ibi: *Et quando eorum opinio sine veri præiudicio foret admittendo, sibi locum vindicare tantũmodo posset, quando observantia concludenter probaretur in aliquibus capitulis in instrumento, & de alijs non appareret fuisse observatos, & nihil contra eos fuisset oppositum.* Y lo mismo llevaron Garcia *de Nobilitate, Glos.* 6. *nu.* 38. *vers. Qua ratione*, Menoch, cum alijs *de præsumpt. lib.* 2. *præsumpt.* 71. *num.* 45. *& seqq.* Rota *decis.* 347. *n.* 8. *vers. Secundo p.* 1. *diversorum*, Fulgos. *in l. Procurator. C. de ædendo*, Decius *in Auth. si quis in aliquo, C. eod. num.* 27. & ibi Purpuratus *num.* 32. & Cagnolus *n.* 70. Iasson *in l. sciendum num.* 15. *in fine, ff. de verb. obli.* Craveta *cons.* 150. *num.* 2. Mascard. *conclus.* 711. *n.* 79.

Gra-

Gratian. *discept. Forens.cap.* 268. *num.* 15. & quod acta vnius iudicij, sive ordinatoria, vt citatio litis contestatio, &c. sive decissoria, vt instrumenta non faciant rem notoriam quãdo aliquid est oppositum contra ea, probant Decius *in cap. licet causam*, *n.* 24. *de probationib.* Cæphal. *cons.* 287. *num.* 47. *lib.* 1. *& cons.* 627. *nu.* 9. *lib.* 5. Valenzuela *cons.* 92. *num.* 25.

342 La quarta satisfacion, es, que la sentencia que se diò en el processo Ioannis Gascon, fue de lite pendente, y de vn juizio sumarissimo possessorio, incapaz de poderse conocer en èl las excepciones opuestas contra el asserto testamento, tamquam requirentes altiorem indaginem in iudicio plenario competenti iuxta supra allegata, *n.* 338. y en averse alli hecho merito del asserto testamento, se procediò de hecho, y nulamente, y se le hizo agravio a mi parte, del qual interpuso eleccion de firma, y està pendiente su querella, la qual nace de averse observado entonces dicho asserto testamento, y si se observò, por esso tiene quexa mi parte, y querer justificar, y coadjuvar el asserto testamento cõ dicha observancia, es querer justificarle, y coadiuvarle con la misma accion, motivo, y origen de la quexa, y de precisso se viene a formar vn discurso, que los Logicos llaman circulo vicioso, y assi esta asserta observancia no puede sufragar al pretenso testamento.

343 La quinta respuesta es, que la observancia entonces es poderosa para revalidar el instrumento nulo, quando consiente, en q̃ se observe el que le puede impugnar: Porque entõces por averle observado a su perjuizio de aquel puede valer; y en este caso dizen los DD. que la observancia de vn instrumento nulo le puede coadiuvar, exemplificanlo esto en el testamento quando padece algu-

gunas nulidades,y no obſtante ellas el heredero paga al legatario ſu legado,poniendo en obſervancia dicho teſtamento nulo, y ſabiendo el legatario,que lo puede impugnar,y conſintiendo en ſu obſervancia recibiendo ſu legado:que en eſte caſo el legatario,deſpues de averſe obſervado muchas vezes,aſsi el teſtamento no lo podrà impugnar,ſino que le ſufragarà la obſervãcia,y de eſta manera,& in his , & alijs caſibus ſimilibus, ſuponiendo la ciencia,tolerancia,y cõſentimiento del que le puede impugnar hablã los DD. vt videre eſt apud Bald. *conſ*.402. *num*. 9. *lib*. 5. Beccius *conſ*. 103. *num*. 26. Surdus *de aliment. tit*. 8. *Privilegio* 22. *num*. 11. Aymon *conſ*. 101.*n*. 4. *&* *conſ*. 158. *num*. 2. Calcan. *conſ*. 101. *col. vltim. in fine,ex l*. 1. *& l*. 2. *& l. ſi veritas,C. de fideicommiſ*.Gratia.*diſcept*. 429. *num*. 17. 18. *&* 19. Pero eſtamos legiſsimos de eſtos caſos,y en terminos tan diſtãtes que no pueden ſer mas,porque ni mi parte ha recibido coſa alguna en fuerça del aſſerto teſtamento , ni ha conſentido en ſu obſervancia, ſino que antes bien lo ha proteſtado, è impugnado el ficto,ſin que mi parte tuviera ciencia individual,y eſpecifica de ſus nulidades.

344 La ſexta ſatisfacion,es, que aviendole impugnado el ficto,y no aviendole impugnado el Egregio Señor Don Pedro George, ni el Señor Conde de Belchite ſu hijo,ſe preſume,que no han tenido ciencia individual ni eſpecifica de eſtas excepciones,y nulidades que padece el dicho aſſerto teſtamento,como es cierto, que no la han tenido al tiempo que ſe hizo el proceſſo Ioãnis Gaſcon,porque alli no fueron eſtos ſeñores los que dieron propoſicion,ni los que replicaron,y aſsi la aſſerta obſervancia que alli le dio la ſentencia al aſſerto teſtamento, ignorando,como ſe deve preſumir ſegũ derecho que ig-

no-

noran sus nulidades, no les ha podido causar perjuizio, Pareja *de instrum. ædit. tit.* 1. *resolut.* 3. §. 3. *nu.* 149 ibi: *Tertio etiam advertendum est, quod instrumentum exēplatum licet observantia munitum nullam fidem contra tertium meretur, nisi ostendatur, quod habuerit individuam scientiam de contentis in eo, vt verè censuit Paulus Castrensis cons.* 564. *num.* 3. *lib.* 1. Como podia tener ciencia individua de lo contenido en el asserto testamento, si el Notario que le transumptò atesta que està inlegible?

345 Y que ninguno hasta aora, sino el ficto, por quien escrivo aya tenido ciencia individua de estas nulidades, ni aun los Egregios Señores Don Pedro Iorge, ni el Conde de Belchite su hijo, se conoce clarissimamente, pues hasta aora, ni en hecho, ni en derecho las han opuesto, omnium optime Gratian. *discept.* 429. *nu.* 24. ibi: *Ideo melius probat Angel. cons.* 94. *cum lis, & quæstio. col.* 5. *in principio, vers. Dico secundo, num.* 5. *Vbi quod non sufficit habere certitudinem legati, & testamentum factum, nam ex hoc non dicitur cognovisse testamētum, si nullitatem illius ignoravit, quasi non estet cognitio in sola scientia verborum, sed in intelligentia virtutis ac potestatis, l. scire leges, ff. de legibus. Vnde dicit Philosophus in princip. Phisicorum, quod tunc arbitramur agnoscere vnumquodque, cum causas cognoscimus, prima etiam principia, & elementa Angel. ibidem, quem sequitur Aymon cons.* 193. *num.* 8. *ad med. vers. Fortius col.* 3. *ad med. Vbi loquitur in transactione facta super testamento, quæ regulariter prohibetur, etiā data scientia testamenti, nisi visis, & cognitis verbis illius, iuxta l. de his de trāsact. sed quod requiratur scientia invaliditatis testamenti, est textus in l.* 3. *C. ad l. Cornel. de falsis, vbi*

Glos.

Glos.in verb. Ignoraret in principio. Và hablando de la
observancia que se alegava de otro testamento nulo, co
mo se puede vèr en los numeros antecedẽtes de aquella
disceptacion, y resuelve, que puede aprovechar quando
cõcurre este requisito de la ciencia individual de sus nu-
lidades, y no de otra manera; y en los *num.* 29. y 30. dize,
que no basta la ciencia facti, sino que tambien es necessa-
ria la ciencia iuris acerca de sus nulidades, para que obre
la observancia; Fundalo con Gabriel *cons.* 36. *num.* 60.
lib. 1. Ruino *cons.* 63. *n.* 23. *&* 24. *lib.* 1. Felin. *in cap. de
quarta, num.* 27. *de rescriptis*, Bart. *in l. si vir, num.* 1. *ff.*
pro donato, Rota *decis.* 214. *num.* 5. *& decis.* 561. *p.* 1. *&*
decis. 132. *num.* 1. *p.* 2. Capicio *decis.* 10. *num.* 19. Costa
de iur. & facti ignor. inspect. 2. *nu.* 2. *fol.* 6. cui addend.
Suelves *cons.* 44. *n.* 7. *in cent. & cons.* 32. *n.* 11. *semic.* 2.

346 Y vltimamente se responde, que la excepcion
de nulidad, es imprescriptible, no ai tiempo, ni observã-
cia, que la pueda sanar, *l. quæ ab initio, ff. de reg. iur. cap.*
non firmatur extra eod. tit. cap. auditis de electione, Van-
tius *de nullitatib. tit.* 8. quoties, & intra quod tempus de
nullitate agi possit *num.* 8. y siendo nulo el asserto testa-
mento, lo es tambien su pretensa observancia, y la sentẽ-
cia del processo Ioannis Gascon, en aquella parte que se
hizo merito dèl, actus itaque nullus nullũ operatur pos-
sitivi iuris effectum, *l.* 4. §. *condemnatum, ff. de re iudi-
cata*, Giurba cum innumeris in Consuetud. Messanens.
cap. 8. *Glos.* 7. *p.* 1. *num.* 3. y el acto nulo, no puede ser-
vir de titulo, ni de causa para la prescripcion, quãto me-
nos para la pretensa observancia, *Glos. magna circa me-
dium in cap. Sacerdotes* 16. *q.* 3. Balbus *in tract. de præs-
crip. q.* 11. 3. *p. principal.* post Baldum *in l.* 1. *C. de præs-
cript.* 30. *vel* 40. *annorum*, Vantius *vbi proxime nu.* 30.

sin-

ſingularmente eſtando herida la aſſerta obſervancia con los proteſtos de la eleccion de firma, quorũ virtute omnis poſſeſsio, & obſervantia excluditur, Mareſcotus *lib. 1. variar. cap.* 22. *num.* 22. Poſth. *de manut. Obſervat.* 35. *num.* 37. Iranzo *de proteſtatione conſid.* 41. *num.* 3. y mas no aviendoſe reparado en aquel proceſſo ſumario de lite pendente Ioannis Gaſcon, ni provado in iure las excepciones que aora ſe elucidan, y fundan. Optime Valenzuela *conſ.* 168. *tom.* 2. *à num.* 49. *vſque ad* 51. ibi: *Quod exceptio repulſa, aut victa in vno iudicio non tanquam falſa aut iniuſta, ſed tamquam non probata, poteſt opponi, & probari de novo, vt ex l. quod in diem, §. 1. ff. de compenſationibus,* & alijs iuribus concludit Alex. *conſ.* 66. *num.* 4 *lib.* 5. particularmente, ſiendo aquel juizio ſumario, como lo es eſte, del qual, jamas nace excepcion de coſa juzgada, ſino que en qualquiere otro ſe puede, y deve conocer de las nulidades que alli ſumariamente, y ſin contradictorio juizio ſe ventilaron, Belonus *deciſ.* 3. *à num.* 5. *ad* 9. & communiter DD. *in l. à Divo Pio* 15. §. *ſi ſuper rebus,* vti Bart. Alexand. Iaſſon, & alij, *ff. de re iudicata,* Carleval *de iudicijs, lib.* 1. *tit.* 2. *diſputat.* 3. *n.* 32. & 33. de lo qual parece ſe infiere, no deverſe hazer caſo de dicha pretenſa obſervancia.

347 Ni obſta, que el Señor Lugarteniente, que mandò regiſtrar el aſſerto teſtamento, dixera en ſu aſſerto decreto: *Viſo, & inſpecto dicto originali teſtamento non viciato, nec cancellato, neque in aliqua ipſius parte ſuſpecto, omnique vitio, & ſuſpitione carenti, illud regiſtrari mandauimus.* Porque ſe reſponde, q̃ quando no tuviera otra nulidad el aſſerto decreto, ſino la que manifieſtan, y hazen patente eſtas palabras, era baſtantiſsima, para que nò ſolo, en eſte juizio, y proceſſo de lite pendente, que es ſuma-

mario, sino tambien en vn juizio ordinario , y plenissi-
mo, definitivamente se pronunciara nulo el asserto testa-
mento, por averse registrado, y transumptado nulamen-
te: Porque què mayor nulidad puede tener el asserto de-
creto, que fundarse en vna causa, que con los ojos corpo
rales evidentissimamente se conoce què es falsa? Pues el
Notario que lo transumpta, lo està diziendo, y publican
do en el mismo acto, alli: *Constat etiam de quindecim
spatijs, sive partibus albis lineatis, sive barreatis, quæ ita
superius existunt, quia in suprainserto originali testamẽ-
to transumptato tot, & similia spatia, & partes nullate-
nus legi potuerũt ob vetustatem, corruscationem, & rup-
turas pergameni dicti originalis testamenti.* El estar defe-
ctivo, inlegible, y roto, no es tener algun vicio? la ruptu-
ra, y el defecto de las lineas no es vicio? A quien hemos
de creer; al Notario que atesta de lo que per evidentiam
facti consta, y de lo que por ocular inspeccion se està viẽ
do actualmente? O al Señor Lugarteniente, que en su as-
serto decreto, dize, que no tiene vicio alguno? Parece que
ò avemos de dezir, que el asserto decreto que le mandò
registrar se fundò en vn motivo falso: ò avemos de cerrar
los ojos, y creer, que pues el decreto dixo, que no tenia
vicio alguno el asserto testamento, entender que es la pu
ra verdad, y darle a vn decreto revocable contrario im-
perio, y que se ha proveìdo sin citar, ni oir a la parte in-
teressada, y sin juizio contradictorio, tanta fuerça como
a vna sentencia definitiva dada en vn juizio contradicto
rio, y plenissimo, y passada en cosa juzgada que se tiene
por verdad, & facit de nigro album, æqua quadrata ro-
tundis, y es como el Alcion, sobre sus polluelos, que sere-
na las tempestades de los pleitos: Esto yà se vè, que no pa
rece que seria mui conforme a buena Iurisprudencia.

348 Y quando no se viera tan patentemente lo defectuoso lo inlegible, y rasgado del asserto testamento, y los gravissimos vicios, y nulidades que padece, se le deve antes creer al Notario que atesta de sus vicios, y defectos que al Señor Lugarteniente que le mandò registrar; es texto expresso el *cap. quoniam contra* 11. *de probationibus*, ibi: *Quoniam contra falsam assertionem iniqui Iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare, ne falsitas veritati praiudicet, aut iniquitas praualeat aequitati, statuimus, vt tam in ordinario iudicio, quam extraordinario Iudex semper adhibeat, aut publicam (si potest habere) personam, aut duos viros idoneos qui fideliter universa iudicij acta conscribant, veluti instrumentorum productiones, &c.* Et in fine, ibi: *Nec pro ipsius praesumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis.* De donde pruevan vniformemente los DD. que al Iuez no se le deve creer, sino al Notario de la causa.

349 Asi lo dize Barbosa *in collectan. ad illum text.* ibi: *Ergo iudici non creditur*, con Mascard. *de probationibus in proœmio, q.* 1. *num.* 7. Et inferius *nu.* 9. ibi: *Colige ex textu testimonio Iudicis, non esse credendum; etiam respectu causae seu processus, qui apud illum ventilatur, vel qui apud illum geritur, ita in effectu Glossa, apertius Beroius à num.* 26. *& DD. communiter in praesenti Innocent. statim in princip. Abbas notab.* 4. *Felinus nu.* 3. *Bellamera num.* 5. *Minsinger. num.* 1. *& alij in cap. cum à nobis de testibus communis in cap. licet illo tit. Covarrub. variarum lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 9. *vers. Sexto, Menoch. de arbitrarijs, quaest.* 26. *Navarrus cons.* 11. *alias* 6. *num.* 8. *de testamentis*: Luego diziendo el Señor Lugarteniente en su asserto decreto, que no tiene vicio el

pre-

pretenso testamento, y diziendo el Notario, que està inlegible, rasgado, viciado, y defectuoso, se deve creer antes al Notario.

350 Ni obsta vna asserta loacion, ò ratificacion del pretenso testamento de que se vale la parte adversa, y se trae en el fol. 7. del sumario: Porque se responde: lo primero, que todos quantos vicios, y defectos padece el relato, padece tambien el referente, porque ha de tener las mismas qualidades, *ex l. Asse toto, cum alijs vulgatis, ff. de hæred. instit.* Barbos. *Axiomate* 201. y siendo el asserto testamento el relato, y estando aquel vicioso, inlegible, y defectivo, lo ha de estar tambien el asserto acto de ratificacion, como referente, que solamente enuncia, y se remite al vinculo contenido en el asserto, y nulo testamento.

351 Lo segundo se responde, que en dicho asserto acto de ratificacion solamente se ratificò la substitucion del Rei de Aragon, y no se ratificò, ni lohò todo lo contenido en el asserto testamento: en tanto grado, que aviẽdo expressamente substituido el Señalero, en su asserto testamento a su hija Doña Marquesa, en caso de morir sin hijos, ni descendientes Dõ Alonso, no ratificò la substitucion de Doña Marquesa, y por el consiguiente mucho menos la substitucion tacita, que podia resultar entre los descendientes de Don Alonso, no llamados, ni conocidos, relatio enim non operatur, quoad ea, quæ oculis corporeis non leguntur in relato, Fontanella *de pactis claus.* 10. *p.* 1. *num.* 21. 22. *&* 23. *&* 26. *in fine.*

352 Lo tercero se responde, que el relato es vago, y no se puede saber ciertamente, si el asserto acto de ratificacion se refiere al asserto testamento de que avemos tratado, porque hablãdo de lo que ratifica, dize, que fue hecho

cho *anno supraſcripto*,y no conſta de què año, ni tampoco del lugar; con que no es poſsible ſaber con certeza lo que ratifica, como era neceſſario, que clara, y liquidamente ſe ſupiera, Surd. *conſ.* 315. *nu.* 63. Peregrin. *de fideicommiſ. art.* 16. *num.* 111. Gratian. *diſcept.* 501. *nu.* 15. *&* 16. *& diſcept.* 912. *nu.* 18. Caſtillo *lib.* 4. *controverſ. cap.* 43. *n.* 31. Molin. *de primog. lib.* 2. *c.* 8. *nu.* 11.

353 Lo quarto ſe reſponde, que hallandoſe el aſſerto acto de ratificacion ſin inſtitucion, exheredacion, ni legitima, no puede ſervir de teſtamēto por ſi a ſolas, ex Miravete de Blancas *in notis ad verbum teſtamentum*, *fol.* 314. Gutierrez *practicar. lib.* 2. *q.* 31. y menos darle fuerça, y valor al que eſtâ anulando la miſma lei, propter defectum formæ ſubſtantialis: Porque dezir vn teſtador, yo quiero, que a peſar de las leyes, y Legisladores, que ponen forma, y ſolemnidad en la formacion de los teſtamentos, valga mi teſtamento, ſin obſervar dicha forma, y ſolemnidad, es impoſsible que pueda eſta voluntad, y loacion ſer de efecto alguno; es texto expreſſo la *l. Nemo poteſt cavere ne leges in ſuo teſtamento locũ habeant*, vbi Bart. Iaſſon, Caſtrenſis, Ripa Cumanus, & alij *de legatis* 1. Roman. *conſ.* 173. *in fine*, *& conſ. ſeqq. num.* 4. Abbas *conſ.* 18. *num.* 7. *volum.* 2. Socin. *conſ.* 18. *num.* 19. *vol.* 1. Decius *conſ.* 488. *num.* 17. *&* 18.

354 Ni tuvo animo el Señalero, ni fue ſu voluntad de hazer teſtamento, quando otorgò eſta aſſerta ratificacion, por el medio que diò el texto en la *l. ſi ita ſcripſero, ff. de condit. & demonſt.* refiriendoſe a dicho aſſerto teſtamento, como a eſcritura privada, y diſponiendo, que aquella fuera ſu vltimo teſtamento: Porque ni dixo, ni quiſo tal coſa; lo vno, porque no comprehendiò la aſſerta ratificacion, toda la eſcritura del aſſerto teſtamento, ſi ſo-

solamente la substitucion del Rei (como se ha dicho) ni dixo, que toda aquella asserta escritura valiera por testamento, como era necessario que lo dixera, Gratian. *discept.* 751. *num* 4. Molina *de primogen. lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 10. & 11. Menchaca *de success. creat.* §. 17. *num.* 53. Lo otro, porque su animo no fue, de tener por escritura privada al asserto testamento, ni darle fuerça, ni valor de testamento por su asserta ratificacion: Antes bien lo tuvo por testamento perfecto al asserto, pues lo supone assi en la asserta ratificacion, alli: *Nos fecisse iam, & condidisse testamentum nostrum, &c.* Y se manifiesta de todo el prohemio de la asserta ratificacion, que no fue esse su animo; actus enim agentium, nihil possunt operari vltra eorum intentionem, *l. Non omnis, ff. si cert. petat.* Barbos. *Axiomate* 12. *num.* 7. & 8.

355 Lo quinto se responde, que para q̃ pueda obrar el acto referente, es necessario, que enteramente conste del instrumento relato, vt cum innumeris fundat Pareja *de instrum. ædit. tom.* 2. *tit.* 7. *resol.* 9. *à num.* 2. *cum seq. præcipuè num.* 13. & 14. iam supra expensis: y en el caso presente no consta enteramente del pretenso testamento, que dizen ser el relato de la asserta ratificacion, porq̃ aquel està defectivo, y diminuto, sin poderse leer, ni percibir lo que en muchas lineas quiso disponer el testador, y sin poderse formar concepto seguro de su voluntad; y assi, aunque no fuera incierta, y vaga la relacion (como lo es por no estar el relato calendado) no se puede hazer caso alguno del asserto testamento, porque no cõsta enteramente dèl como devia constar, tanquam de relato.

356 Ni obsta lo que dize la alegacion contraria *nu.* 254. *pag* 134. de donde quiere, que supla la antiguedad del tiempo el defecto de substãcia de la disposicion: Por-

que

que se responde, que aquella quarta limitacion que trae Pareja *d. resolut. 9. num. 61. de la Authentica si quis in aliquo documento*, respeto de los instrumẽtos antiguos, la entienden los DD. y con ellos tambien el mismo Pareja, cõcurriendo muchos requisitos, los quales en el caso presente faltan, y assi no se aplica la limitaciõ general de que se vale la parte contraria. Pruevase de lo que dize Pareja *d. resolut. 9. num. 64.* ibi: *Secundum requisitum est, quod verba relativa, seu enũciativa prolata in instrumentis antiquis aperta sint, & absque dubio significent de per se conceptum, quod probari, seu ostendi contenditur, vt in expresso tradunt Aymon Craueta de antiquit. tempor. p. 1. sect. Ampliatur nunc, num. 26. Nicolaus Garcia de beneficijs p. 12. cap. 2. num. 255.* Rota *diversorum, decis. 165. num. 9. p. 1. Joannes Baptista Coccinus decis. 180. num. 6. D. Escobar Acorro de puritate, p. 1. q. 15. §. 3. num. 55.* Et inferius: *Quibus ipse addiderim necessarium, etiam esse, quod relatum, seu enunciatum nõ appareat, si enim apparuerit, licet referens certum sit, & versemur in antiquis, semper, & vbique relato standum esse suadent iura, & DD.*

357 Aora vease, si los assertos relato, y referente tienen las palabras abiertas, manifiestas, legibles, y ciertas, de tal manera, que enteramente, y sin duda alguna, signifiquen de perse, el concepto de todo el asserto testamento del Señalero; parece que es impossible, porque estando tan achacoso, y desfigurado, como está, y con tantas faltas, y tantas lineas defectuosas, no pueden tener sentido cierto sus palabras, que no estè sugeto su concepto a mil riesgos, y peligros de pervertir la voluntad del testador, si se quiere adevinar el que tuvo, en la disposicion de aquellas lineas que faltan. Y aviendo hecho fè, licet nuliter

ter,& fruſtra, del aſſerto relato teſtamento ſe deve conſiderar èl ſolo, el qual hallandoſe con tantos defectos, no puede aprovechar por antiguo que ſea, ni la antiguedad puede ſuplir ſus vicios; y otros muchos requiſitos, a mas de eſte, ſon neceſſarios, ſegun Pareja *d. reſolut.* 9. *nu.* 65. *& ſeqq.* los quales tambien faltan en el caſo preſente, y aſsi la antiguedad no puede obrar coſa alguna en eſte caſo, ex quam plurimis DD. à Pareja ibidem relatis.

358 Y vltimamente concluyo eſte punto, diziendo, que donde ai defectos, no puede aver perfeccion, como no ai hermoſura, faltando alguna de las partes que la componen, Seneca *epiſt.* 33. *Nihil ſub duci ſine ruina poteſt; nõ eſt formoſa mulier cuius crus laudatur, aut brachium, ſed illa cuius univerſa facies admirationem ſingulis partibus abſtulit.* De vna eſtatua, no ſe puede hazer juizio caval de ſus molduras, dize Plinio el ſegundo, ſi le falta ſu metrica correſpondēcia, deveſe mirar, como enſeña Caſiodoro, *lib.* 7. *epiſt.* 15. *Conſpiciet expreſſas in ære venas, niſu quodam muſculos tumentes, nervos quaſi gradu tenſos, & ſic hominem fuſum in diverſas ſimilitudines, vt credas potius eſſe generatum.* Si le falta vn braço, repreſenta vn monſtruo: La puente, aunque tenga muchos ojos, ſi vno ſolo le falta, no es puente, ni intentarà paſſar por ella, ſi no vn deſeſperado: No ſupo mas el Señalero, de hazer teſtamẽtos, que ſupo Apeles de la Pintura: Pintò la Imagen de Antigono, a mediacara, cediendo a la prudencia el Arte, y a la liſonja el primor; y por faltarle otra media, dize Plinio *lib.* 35. *cap.* 10. que la deſconocio la antiguedad: faltarõle aquellas lineas a la Imagen, otras le faltan al aſſerto teſtamento: No parece juſto que le tengamos por tal.

§. III.

§. III.

QVE AVNQVE EL ASSERTO TESTAmento del Señalero valiera, no se pudieron vincular en èl los bienes Aprehensos.

359 TVVO Don Pedro de Yxar el Señalero, vn hijo, que fue Don Alonso; a este le dexò en su asserto testamento, por derecho de legitima, de todos sus bienes las mitades de Belchite, y de la Puebla de Alborton: cũpliò Don Alonso los 20. años, como consta de Zurita *lib.* 6. *cap.* 49. 54. *&* 61. *& lib.* 7. *cap.* 1. y lo confiessa la parte adversa: y assi el vinculo, respecto de estos bienes espirò, *ex For. vltim. de testamentis, Observ.* 1. *&* 2. *tit. de rebus vinculatis,* Molino *in verb. Testamentum, fol.* 315. *col.* 2. & ibi Miravete de Blancas *in notis,* Sesse *decis.* 251. *num.* 13. *&* 284. *num.* 7. *&* 267. *nu.* 8. porque en la legitima no se pueda imponer gravamen, *l. Quoniam in prioribus, C. de inofficioso testament.* Fusar. *q.* 296. Castillo *tom.* 5. *cap.* 64. *num.* 29. *& cap.* 107. Larrea *decis.* 36. *num.* 8. Cancer *lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 22. Fontanella *decis.* 92. *tom.* 1. *num.* 2. Giurba *decis.* 11. *num.* 7. Merlin. *de legitima lib.* 3. *tit.* 2. *quæst.* 16. por deverse iure naturæ, y por otras razones, quas latè congerunt supra relati, y en esto todos concuerdan.

360 Replicòseme inter informandum, que esta regla se limita quando al hijo, vltra de la legitima, se le dexan otros bienes, que en este caso, en la legitima, tambien se le podrà gravar. Respondese, que aunque algunos DD. han seguido esta limitacion; pero que la comun, y mas segura opinion, es, la que no la admite. Primo: Porque ai textos expressos que disponen, que los bienes que se

le

le dexan al hijo vltra no se han de imputar con el gravamen de la legitima, sino que aquel se deve quitar, como son, *l. scimus, §. cum autem, C. de inoffic. testam. & l. si libertus Patrono, ff. de bon. libertor.* tradidit Vasquius *de success. creat. lib.* 1. §. 10. *num.* 244. Secundo: Porque lo que por vn camino se prohibe, se permitiria por otro, contra text. *in cap. cum quid, de reg. iur. in* 6. *Foro vnico, tit. Quod in factis vsurarum*, & cũ hac ratione Surd. *decis.* 21. *num.* 4. Tertio: Porque los frutos de los bienes hereditarios, no se pueden imputar en la legitima, sino q̃ aquella se deve libremente de los bienes patrimoniales, Suarez *in l. Quoniam in prioribus, ampliat.* 3. *num.* 3. *C. de inoffic. testam.* Iasson *in Auth. Nouissima, num.* 45. *C. eod.* Ancharran. *cons.* 117. Menoch. *cons.* 476. *num.* 1. Cæphalus *cons.* 479. *num.* 43. *& seq. & cons.* 163. *num.* 30. Mantica *de coniect. lib.* 7. *tit.* 10. *num.* 18. Quarto: Porque no se ha de abrir camino para defraudar a los Fueros, y Leyes, que disponen, que la legitima se dexe sin gravamen, *l. fraus, ff. de legibus, l. fraudis, ff. de reg. iur.* Punctim Cæphalus *cons.* 777. *num.* 7. *&* 13.

361 Son de esta opinion Alex. *in l. fideicommissariam num.* 8. *ff. ad Trebel.* & ibi Ripa *num.* 41. *vers. Rursus,* Roman. *cons.* 206. Parisius *cons.* 93. *nu.* 3. Gabriel *cons.* 124. *lib.* 1. Alex. *cons.* 8. *nu.* 21. *lib.* 3. *& cons.* 81. *nu.* 13. *lib.* 4. Socin. senior *cons.* 82. *num.* 31. *lib.* 4. en donde dize, que esta opinion es la mas comun, y que la contraria, es contra el texto expresso de la *l. Quoniam in prioribus,* Ruinus *cons.* 57. *nu.* 9. *lib.* 2. Additionator ad Decium *cons.* 687. Riminald. jun. *cons.* 50. *num.* 89. *& cons.* 510. *num.* 48. Paul. Emil. *cons.* 13. Bursatus *cons.* 44. *nu.* 17. Craveta *cons.* 580. *num.* 6. Cæphal. *cons.* 77. donde assegura averse juzgado assi muchissimas vezes, Anton.

 Ga-

Gabriel *de legitima concluſ.* 1. *nu.* 39. Vaſquius *vbi ſup.* *&* *lib.* 3.§.30. *limit.* 34. *num.* 231. Cucchus *de legitima, tit. legitima nullum gravamen admittit. nu.* 29. *&* 42. Petra *de fideicommiſ. q.* 15. *num.* 105. *in fine*, Craſus *in* §. *legitima, q.* 20. *n.* 9. *&* 10. Mantica *de coniect. lib.* 7. *tit.* 10. *num.* 18.

362 Fuſario *de ſubſtitu.d. quæſt.* 296 *n.* 71. *in fine*, dize, que le agrada mas eſta opinion, por ſer mas frequente, por ſer mas verdadera, y por averſe juzgado por ella, ibi: *Magonius ſenſit deciſ. Lucenſ.* 85. *in fine; vbi dicit, hanc opinionem eſſe crebiorem, mihique etiam verior videtur, alios pro hac opinione adduxit Burſatus d. conſ.* 44. *num.* 18. *& ita etiam per conformes fuit iudicatum, vt patet in meo conſ.* 52. *num.* 1. Y en el *num.* 79. y los ſiguientes, reſponde largamente a los argumentos de la opinion contraria.

363 Ni obſta el dezir, que Don Alonſo, aunque cumpliò los 20. años, pero que muriõ abinteſtato, y ſin diſpoſicion alguna, y aſsi pudo durar el vinculo, ſegun el Fuero *vnico, tit. de rebus vinculatis*, ibi: *Tamen ſi moreretur talis filius inteſtatus, vel inteſtata, ſive ante viceſsimum annum, ſive poſt in illo caſu valeat vinculum patris.* Porque ſe reſponde, que dicho Fuero es del año 1247. y aſsi cerca de 200. años antes que el Fuero vltimo de teſtamentis, el qual es del año 1436. y habla general, è indiſtinctamente, alli: *Ordenamos, la appoſicion del vinclo, que de aqui avant ſe farà en la legitima del fillo mayor de veinte años no valga;* vltima enim derogant prioribus, *l. tutor datus*, §. *fin. ff.* de *teſtam. tut.* Bart. *in l.* 1. *ff. de legibus*, Decianus *reſponſ.* 32. *nu.* 20. *vol.* 2. y aſsi a eſte Fuero, como poſterior ſe ha de eſtar, y obſervar indiſtinctamente, nam per Conſtitutionem ſecundæ legis

vi-

videtur recessum à prima, *l. hac consultissima*, §. 1. *C. de testamentis*, Mascard. *de statutor. interpret. conclus.* 8. *num.* 3. & 4. singularmente aviendose observado sin la distincion del Fuero vnico de rebus vinculatis, como consta de las Observancias 1. y 2. *eod. tit.* que indistinctamente prohiben el gravamen de la legitima cūpliendo el hijo los 20. años: el Fuero, y lei, que generalmente hablan, generalmente se deven entender, y donde no distinguen, no podemos entenderlos con interpretaciones, y distinciones, *Observant. Item donatio. tit. de donationibus, cap. solite, de maiorit. & obed. l. quæsitum de testament.* Molin. *verb. Forus, vers. Forus vbi non distinguit, fol.* 155. *col.* 3. Portol. *ibi num.* 3. *cum alijs.*

364 Pero aun quando estuviera en observancia la distincion del Fuero de rebus vinculatis, y no estuviera derogada por Fuero posterior, lo que de raiz quita la dificultad, es, dezir, que el vinculo de la legitima vale no disponiendo el hijo despues de los 20. años, mientras los herederos del hijo, no opongan contra el gravamen de la legitima, y lo pidan remover: Pero oponiendo contra el gravamen los herederos, no se puede hazer caso de dicho gravamen, porque es lo mismo que si el hijo opusiera contra èl, ò testara de los bienes de su legitima. Dizelo admirablemente Censalio *in Addit. ad* Peregrin. *art.* 36. *pag.* 232. *col.* 2. *vers. Decimo tertio*, ibi: *Decimo tertio observo notata per Merlinum d. tract. de legitima, lib.* 3. *tit.* 2. *q.* 17. *An ius removendi de legitima onus filijs competens transmitatur ad hæredes, & sub num.* 8. *transmisi concludit præsertim ex multis quæ pōderat Fachineus controvers. iuris lib.* 12. *cap.* 10. *vbi resolvit, hoc privilegium nedum competere filijs, verum, & transmitti ad hæredes suos, respondendo ad omnia cōtraria quem*

vi-

vide, quia erudite pro more loquitur, sic etiam vide Suarez in repetit. l. Quoniam in prioribus, C. de inofficios. testament. ampliat. 10. *cum seqq.*

365 El heredero de D. Alonso, hijo del Señalero, es el Señor Cõde de Belchite mi parte, quia hæredis appellatione hæres hæredis cõprehenditur, *l. hæredis appellatione, & l. sciendũ, ff. de v. sig. l. Qui per successionem, ff. de reg. iur. l.* 3. *§ fin ff. de petitione hæredit.* Cæphal. *cõs.* 499. *n.* 13. *cum seq.* Tiraquel. *de retractu convent.* §. 1. *Glos.* 6. *n.* 2. Mantica *de coniectur. lib.* 8. *tit.* 14. *n.* 21. Prætis *de interpret. vltim. volunt. fol.* 198. *nu.* 21. *cum seq.* Menoch. *cons.* 89. *num.* 134. *& cons.* 867. *nu.* 16. *cum seq. & cons.* 1071. *num.* 1. *cum seqq.* Ioseph. Ludovic. *conclus.* 16. *illat.* 44. *vers. Ampliatur quarto*; Peregrin. *de fideicom. art.* 32. *num.* 60. *cum seq.* Fusar. *de substit. q.* 343. *à principio*; Franciscus Molina *de ritu nuptiarum, lib.* 3. *q.* 24. *num.* 44. Marius Anton. *variar. resolut. lib.* 2. *resolut.* 52. *per totam*; y siendo heredero de Don Alonso el Señor Conde de Belchite, si quiere el Egregio Don Pedro George su padre, se les ha transmitido el derecho de impugnar el gravamen de la legitima, y iure transmissionis, lo suplican aora remover, aunque hasta aora aya valido conforme al Fuero de rebus vinculatis.

366 Esta inteligencia de dicho Fuero de rebus vinculatis, parece mui conforme à derecho, y digna de seguirse, porque aunque en la observancia de los Fueros se aya de estar à la carta, no quita esto la interpretaciõ passiva, que reciben del derecho comun, Mascard. *de statutor. interpret. conclus.* 2. *à num.* 7. Zauarella *cons.* 75. *n.* 12. *&* 14. Giurba *decis.* 64. Molino *in verb. Forus*, vbi Portoles *à num.* 9. *& de consortibus, cap.* 5. *à num.* 5. Casanate *cons.* 60. *à num.* 16. Suelves *in cent. cons.* 2. *n.* 17.

17. singularmente, siendo como es, dicho Fuero en aquella parte que dispone que valga el gravamen de la legitima, no testando el hijo, gravoso, odioso, y contra el derecho comun, vt constat ex supra allegatis, *num.* 359. statutum enim restringi debet, vt minus ius commune offendat, Bart. *in l. omnes populi, num.* 56 *ff. de iust. & iure*, Mieres *de maioratu* 1. *p. q.* 58. *n.* 190. Surdus *decis.* 311. *lib.* 2. y es comun sentir de todos, segun Suelves *d. cons.* 2. *num.* 3. *in cent.*

367 Si dicho Fuero dixera, *in perpetuum valeat vinculum*, no parece, que dexava capacidad para recibir esta interpretacion passiva del derecho comun: Pero hablando restrictivamente, y con aquella limitacion al caso de morir intestado el hijo, ibi: *In illo casu valeat vinculum patris*, no parece que excluyò otros casos, en los quales el hijo, ò sus herederos impugnaran el gravamen de la legitima, ò dispusieran della, nam dictio, *in illo casu* restringit dispositionem, Bald. *cons.* 241. Craveta *cons.* 268. *in princip.* Beccius *cons.* 39. *num.* 20. Surdus *cons.* 268. *num.* 8. *& cons.* 493. *num.* 15. Barbos. *claus.* 15. *num.* 1. & casus exceptus firmat regulam in contrarium, *l. nam quod liquide*, §. *fin. ff. de penu legata*, Gratian. *discept. Forens. tom.* 3. *cap.* 522. *num.* 33. Velascus *consult.* 45. *num.* 1. *in fine*, & cum multis Barbos. *Axiomat.* 39. *num.* 10. particularmente siendo de calidad el gravamen de la legitima, que mientras con palabras expressas no se accepta, se puede impugnar, *l. si quando*, §. *& generaliter*, *C. de inofficioso testam.* Fachineus *lib.* 12. *controvers. cap.* 7. Suarez *in d. l. quoniam in prioribus, ampliat.* 10. *n.* 4. Anton. Gomez *variar. tom.* 1. *cap.* 11. Gratian. *discept.* 751. *num.* 18. y no basta la aceptacion tacita, Censalio *addit. ad* Peregrin. *art.* 36. *pag.* 233. *col.* 1. *vers. Secun-*

do addit. y mucho menos en Aragon, de donde estàn desterrados los tacitos, Porroles *in verb. Forus*, Casanate *cons. 4. num.* 233. Sesse *decis.* 404. *num.* 41. *& de inhibit. cap.* 5. §. 9. *nu.* 21.

368 La Villa de *Yxar*, la *Puebla de Vrrea*, Lugar del *Frago*, y Aldea de *San Quintin*, tampoco pudo el Señalero vincularlos, porque nueve años antes que el Señalero testasse, avia hecho donacion destos Lugares al Señor Rei Don Iaime su abuelo, en recompensa de cinquenta Cavallerias, que le avia prometido su Magestad, dandole por fianza a la Señora Doña Blanca Reina de Aragon su muger, lo articula Pedro Iosef de los Bayos, en su nombre proprio, en el *art.* 26. de la replica, y lo prueva con el acto de la promesa del Señor Rei Dō Iaime, que està en processo *fol.* 2980. en donde reconoce su Magestad, el contracto de la donacion que le avia hecho el Señalero de dichos Lugares.

369 Y aunque no se exhibe el acto de la donacion, pero no es necessario, porque lo prueva suficientissimamente el acto de la promesa del Señor Rei Don Iaime, por dos razones certissimas in iure: La primera, porque la assercion del Rei, prueva plenamente, y se ha de estar a ella, como a la del Papa, y de qualquiere otro Principe que no reconoce superior, ex textu formali, & expresso in *Clement.* 1. *cum ibi notatis de probat. Glos. literis aut rei describenda in cap. si Romanorum*, *verbo desunt* 19. *dist.* Purpuratus *cum communi in Auth. si quis in aliquo, C. de Ædendo*, Felin. *in cap. inter dilectos*, *num.* 7. *de fide instrum.* Boerius *decis.* 247. *nu.* 3. Bart. *in l. ambitiosa, nu.* 28. *ff. de decretis ab ord. faci.* Gozadin. *cons.* 8. *num.* 43. Curtior junior *cons.* 157. Lappus *allegat.* 7. *num.* 1. vbi Quintilianus Mandos. *in addit. lit. A. vers.* *Am-*

Amplio quarto, num. 14. *&* 21. Matthæus de Afflict. *in cap.* 1. *num.* 27. *Qui success. teneant.* Ruin. *cons.* 31. *nu.* 10. *vol.* 1. Ripa *respons.* 1. *num.* 28. *p.* 1. Mandellus *cons.* 75. *num.* 6. Natta *cons.* 487. *n.* 39. *vol.* 3. Beccius *cons.* 56. *num.* 23. *vol.* 1. Grammaticus *cons.* 100. *num.* 66. Alex. *cons.* 15. *num.* 2. *vol.* 5. Socinus jun. *cons.* 65. *nu.* 10. *&* *cons.* 66. *num.* 6. *vol.* 1. Menoch. *cons.* 1. *nu.* 8. *&* *cons.* 2. *num.* 19. *&* *cons.* 402. *num.* 25. Anton. Gabriel *lib.* 3. *commun. tit. de probat. conclus.* 2. *&* *nu.* 13. Mascard. *conclus.* 1227. *num.* 1. Cevallos *communium contra com. q.* 897. *num.* 179. Octavianus Gloritus *respons.* 1. *p.* 1. *num.* 61. *&* *resp.* 3. *num.* 7. Farinacius *de testibus lib.* 2. *tit.* 6 *q.* 63. *à num.* 79. *vsque ad num.* 206. Mastrill. *de Magistrat. lib.* 3. *cap.* 4. *à num.* 51. Fontanella *de pactis tom.* 1. *claus.* 4. *Glos.* 10. *num.* 38. *p.* 2. en donde dize estar asi recibido en todo el mundo por costumbre vniuersal, Castillo *de tertijs cap.* 6. *à num.* 2. Pareja *de instrum. edit. tom.* 2. *tit.* 7. *resolut.* 9. *nu.* 33. Sesse *decis.* 113. *à num.* 10. *vsque ad* 40. *tom.* 2.

370 Y procede esto con mayoria de razon, en el caso presente, en el qual, en el acto de promesa que hizo el Señor Rei Dō Iaime, funda su intencion en las palabras enunciativas; y narrativas de la donacion, y la enunciatur in ipso actu promissionis, como se lee en dicho acto: y narra per modum causæ ad id, quod agitur, & disponi. Optime Sesse *d. decis.* 113. *num.* 17. ibi: *Et in hoc concludendum est intentionem suam fundasse in verbis illis enunciativis, quia quando narrata habent se per modum causæ ad id, quod agitur, & disponitur, tunc dicitur fundari intentio disponentis in illis verbis, ita Angelus cons.* 368. *in principio, & idem quando verba enũciativa sunt necessaria, vel conferunt ad id, de quo agitur, & super*

quo

quo enunciatur, nam tunc dicuntur fundamentum intentionis disponentis, immo emissa principaliter propter se, ita Anton. in cap. fin. de success. ab intestato, Alex. cons. 15. vers. & dicitur in talibus verbis narrativis lib. 5. Et hinc dici solet, quod quando confessio emissa per verba enunciativa est necessaria ad validitatem actus, qui geritur, vel confert ad id, de quo agitur probat tunc, l. optimam, C. de contrah. & commit. stipulat. etiam ex opinione illorum, qui defendunt, quod alios vltra validitatem actus, qui agitur, & substantiam eius, non probant dicta verba enũciativa incidenter, & propter aliud emissa. Claro es, que la donacion fue causa, fundamento, è impulso de la promessa, pues por ella dize el Señor Rei que otorgava dicho acto, y que estava tratado entre los dos, que por la donacion de dichos Lugares le daria las Cavallerias, y que dicha donacion passò en cõtracto vltro citroque obligatorio *do vt des*: Luego era necessario, que precediera la donacion, ò saltim el narrar, que avia precedido, era concerniente al acto de la promesa, que es lo que basta para que se verifique estar provada plenamente la donacion, aun en la opinion mas estrecha que ai en esta materia.

371 Otra razon ai, por la qual, se verifica estar plenamente provada dicha donacion, y es por ser antiquissimo el acto de la promesa que narra, pues es del tiempo del Señor Rei Don Iaime que lo otorgò: y en los instrumentos, y actos antiguos, aunque no concurran las circunstancias ponderadas q̃ se hallan en dicho acto, prueuan las enunciativas, aunque sint emissæ propter aliud, y aunque no se funde la intencion del Principe en ellas; y aunque no sea el Principe el que enuncia, y narra, vt tradunt Mieres *de maiorat. 4. p. q. 20. num. 314. &* 317. Hieronymus

mus de Monte *de finibus regundis cap.* 60. *à n.* 3. Gaſpar Cavallinus *in Mileloquio* 62. *p.* 1. Andreas Gail *lib.* 2. *Obſervat.* 71. Fabius de Anna *conſ.* 88. *num.* 26. & 32. Maceratenſis *variar. reſolut. lib.* 1. *reſolut.* 80. *num.* 3. Octavianus Gloritus *reſponſo* 10. *num* 33. D. Nicolaus Rodriguez Fermoſino *in cap. cum cauſam, à num.* 2. & *ſeqq. de probat.* vbi Barboſ. *nu.* 14. & *in collect. ad text. in cap. cum olim, num.* 8. *de cenſibus*, Franciſcus Cenſalius *in addit. ad Peregrin. art.* 43. *verſ. Quinto obſervo, pag.* 463. Lara *de Anniverſarijs* 2. *p. cap.* 4. *à nu.* 57. Caſtillo *controverſ. iur. tom.* 6. *cap.* 123. *à num.* 7. Pareja *de inſtrum. edit. tit.* 7. *reſolut.* 9. *num.* 61. Seſſe *to.* 2. *deciſ.* 113. *num.* 30. *ad* 32. Quanto mas provaràn ſiendo del Principe, y del Rei, las palabras aſſertivas, y narrativas de la donacion, y ſiendo dichas principalmente para el cumplimiento del fin con que ſe otorgò el acto de la promeſa, y del fundamento de la intēcion del Señor Rei Don Iaime: Parece materia clara, por eſſo la paſſa por alto la contraria alegacion: Otras razones a eſte intento trae el Señor Leiza en ſu alegacion *à nu.* 427. *cum ſeqq.* a que me remito.

372 Ni pudo el Señalero vincular a *Belchite*, *Lezera*, y *Almonacil de la Cuba*; porque antes del año 1360. fueron eſtos Lugares de los Condes de Luna, y los poſſeyeron el Conde Don Lope de Luna, y Doña Maria de Luna ſu hija, que casò con el Señor Rei Don Martin, el qual los dexò a Don Fadrique de Aragon, de quien los confiſcò el Señor Rei Don Alonſo el V. incorporandolos en ſu Patrimonio Real, y deſpues los vendiò a la Señora Reina Doña Maria ſu muger en diez y ſeis mil florines de oro, con carta de gracia a 28. de Mayo del año 1431. y porque dicha Señora Reina Doña Maria el año

 ſi-

siguiente, a 4. de Febrero de 1432. los vendiò al Noble Don Iuan de Yxar, cuya vendicion loñò el Señor Rei D. Alonso su marido, y aviendo otorgado el dicho D. Iuan de Yxar carta de gracia a favor de dicho Señor Rei, hizo poder su Magestad en Gaeta a favor de Mateo Pujades Cavallero, y su Tesorero General para vender el ius luendi, y carta de gracia a favor del Noble D. Iuan de Yxar: y en Valencia a 17. de Março de 1438. le vendiò dicho Mateo Pujades el ius luendi a dicho Don Iuan.

373 Todo esto se articula en el 30. y en el 33. de la replica de esta parte, y se prueva manifiestamente con testigos, y actos instrumentales, y assi resulta, que estos bienes entraron en esta familia por los años de 1432. y 1438. por medio del Noble Don Iuan de Yxar, y que no fueron patrimonio del Señalero al tiempo de su muerte: Pues este, mas ha de 320. años que muriò, y assi por los años de 1318. como confiessa la parte cõtraria en el *art.* 6. de la proposicion de los Señores Don Rodrigo Sarmiento, y Doña Isabel Margarita, y siendo esto assi, es impossible, que se verifique el auer discurrido la sucessiõ destos Lugares, como dize la parte contraria en dicha proposicion desde el *art.* 10. hasta el 21. por los hijos, y nietos del Señalero, en fuerça de mayorazgo regular.

374 Ni obstarà el dezir, que por la parte contraria se ha provado con testigos, que el Señalero fue señor, y possehedor de Yxar, y Belchite, y la Puebla de Alborton por mas de 30. años, hasta el tiempo de su muerte: Porq̃ se responde: Lo primero, que dichos testigos no concluyen, ni deposan como deven, para concluir segun derecho, pues no tienen la edad que es necessaria, y su razon, y relacion a los dichos de otros, es vaga, incierta, y poco segura, y vacilan, y se contrian en sus deposiciones, y assi

si no pruevan cosa alguna: Lo segundo, que por mi parte està provado lo contrario con testigos concluyentes, y instrumentos respecto de Yxar, Belchite, y otros Lugares, y la provanza instrumental deve preferirse a la que se haze solamente con testigos, *Observant.* 4. *tit. de probationibus, l. contractus, C. de fide instrument.* vbi Bald. *à num.* 1. & communiter DD. cum quibus Barbos. *in collect. ad illum text.* Decius *in cap.* 2. *num.* 73. *& seqq. de probat.* Hyppolit. *in rubr. C. de probat. nu.* 32. Mascard. *lib.* 1. *conclus.* 479. *nu.* 1. *& conclus.* 481. *nu.* 2. Rebuff. *in concordant. tit. de Regia ad Prælatur. nominat.* § *fin. verb. Adempta, fol.* 239. Velascus de *iure emphiteutico, q.* 7. *num.* 12. Neapod. *in Consuetud. contra instrumentum, Gloss.* 1. *num.* 111. *&* 112. *fol.* 268. Bellamera *decis.* 610. *num.* 1. Craveta *cons.* 134. *num.* 30. *& cons.* 178. *n.* 5. *vol.* 1. *& cons.* 814. *num.* 6. *&* 7. *vol.* 5. Curtius jun. *cons.* 64. *num.* 3. *vol.* 1. Menoch. *cons.* 207. *num.* 37. *lib.* 3. *& de præsumpt. lib.* 5. *præsumpt.* 20. *num.* 22. Bart. *in l. Ne in arbitris, nu.* 3. *C. de recept. Arbitris,* & est communis sententia ex Ioāne Baptista Asinio *in Praxi Iudiciorum,* §. 16. *cap.* 5. Abiles *cap.* 1. *Pretorum nu.* 6. Valenzuela *cons.* 121. *num.* 134. *lib.* 2.

375 Lo tercero se responde, que respecto de Belchite, y de la Puebla de Alborton, aunque los posseyera, no pudo vincularlos por averlos dexado con titulo de legitima, como se ha dicho. Lo quarto se responde, que aunque en prueva, de que el Señalero fue Señor, y posseedor de Belchite, Yxar, y la Puebla de Alborton, se trae a este processo por documento el processo Ioannis Gascon; pero se advierte, que alli no se replicò contra la provanza, que nulamente se hizo de lo dicho: Aqui en este processo formiter se excibe, y se replica contra la asserta pro-

van-

vanza: y assi los testigos producidos en aquel processo, como no los ha examinado V.S. ni se han producido cõ la citacion de mi parte, que aora litiga, no pruevan en este processo, *Foro 2. in fine, tit. de Appellitu, & in Foro 1. Calataiubij, col. vltim. eodem tit. Foro multoties, Foro Statuimus, Foro Por proveir, tit. de testibus*, Molin. *in verb. Testis, vers. Testes non debent recipi, fol.* 317. *col.* 1. *& col.* 2. *vers.* 2. ibi: *Testes recepti ad vnum finem non faciunt fidem, si eorum attestationes producuntur ad alium finem, & in verb. Probatio. fol.* 266. *col.* 2. *vers.* 1. vbi Portoles *num.* 5. *& in verb. Processus, fol.* 267. *vers. Processus habitus, seu factus ad vnum finem, seu effectum, ad alium finem, seu enantamentum subsequi non debet, col.* 1. *ex Foro vnico, tit. Quod in factis vsurarum*, vbi Portoles *nu.* 8. *& in verb. Liquidata, fol.* 210. *col.* 2. *in fine, & col.* 3.

376 In viam iuris procede lo mismo, que la provanza de testigos hecha en vn processo, no aprovecha para otro, aunque aquel se exhiba en este; y aunque las personas de los litigantes sean vnas mismas en el vno, que en el otro, como lo tienen por constante Osascus *decis.* 1. *n.* 40. *& decis.* 107. *num.* 1. Mascard. *conclus.* 33. *per tot. lib.* 1. Decius *in l. is apud quem, num.* 61. *C. de edendo*, à Socinus *regula* 8. 9. *&* 10. Felinus *in cap. causamque*, *num.* 1. *de testibus*, Ruinus *cons.* 57. *num.* 5. *&* 8. *vol.* 1. Panormitan. *in cap. si Clericus laicum, num.* 15. *de Foro compet.* Capella Tolos. *decis.* 198. Parisius *cons.* 87. *n.* 55. *cum seqq. vol.* 3. Hyppolitus *singulari* 257. Lancellot. Conrradus *in pract. fol.* 140. *num.* 52. *vers. De publicatis*, Guido *singulari* 624. Alex. *cons.* 212. *num.* 15. *vol.* 6. Carleval *de Iudicijs to.* 2. *disput.* 2. *num.* 24. Quanto menos puede aprovechar la provanza de testigos hecha en

en el processo Ioannis Gascon, aviendose hecho entre otras personas, y no aviẽdola podido impugnar mi parte, como impugna aora, la que nulamente se ha hecho en este processo?

577 No aviendo sido señor el Señalero, ni posseedor de dichos Lugares al tiempo de su muerte, no los pudo vincular, Menoch. *cons.* 207. *n.* 31. *& seqq. & cons.* 704. *num.* 2. *cons.* 732. *num.* 28 *cons.* 740. *num.* 13 *& cons.* 782. *num.* 6. Marzarius *in Epitome fideicomissor. quæst.* 60. Mantica *de coniectur. lib.* 7. *tit.* 6. *n.* 5. Mascard. *de probationibus, conclus.* 777. *num.* 5. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 44 *à num.* 6. & ibi Censalius *in addit. pag.* 301. *vers. Secundo observo,* Fachineus *lib.* 5. *controvers. iuris, cap.* 29. *in fine,* Iosephus Ludovic. *decis.* 64. *num.* 32. Magon. *decis. Flor.* 10. *& decis.* 37. *nu.* 2. Bartius *decis.* 2. *num.* 10. Rota apud Farinac. *decis.* 131. *p.* 1. Fusar. *de substit. q.* 616. *num.* 6. *&* 7. Alex. Raudensis *decis. Pisana* 22. *num.* 5.

§. IIII.

QVE AVNQVE EL ASSERTO TESTAmento del Señalero valiera, y el asserto vinculo contenido en èl, deve suceder mi parte en estos bienes.

378 TRes cosas ha de fundar la parte contraria clara, y manifiestamente para provar que en el asserto testamento del Señalero, ai vinculo perpetuo, regular, y a su favor: La primera, que los hijos de Don Alonso, puestos solamente en condicion, se entiende, presume, y conjectura que están llamados: La segunda, que estando

pues-

puestos solamente en condicion, nomine colectivo, y conjecturandose que estàn llamados, se entiende tambiẽ y se conjectura, que estàn llamados non solum active, & per vulgarem, verum etiam passive, & per fideicõmissariam: La tercera, q̃ de recta linea se entienden, no solamẽte los descendientes por la masculina, sino tambien los descendientes por hembra: y por qualquiere destas tres cosas, que falte su asserto vinculo; aunque las otras dos las funde bien, le falta el fundamento de su intencion, y le sobra a mi parte.

379 Mui largamente, y con indisolubles fundamentos se ha discurrido acerca de estas tres questiones por el Señor Leiza en su alegacion a favor de mi parte a *num.* 440. hasta el *nu.* 534. y assi cansarè poco a V.S. respecto desto: solamente dirè de passo, que la primera es mui cõtrovertida, como confiessa la parte contraria, y tãto, que para quitar dudas, se han hecho Estatutos en Italia a favor de la opinion afirmativa, y assi los Autores Italianos cargan con ella muchos, conformandose con los Estatutos, pero los que in viam iuris, la disputan, los mas tienẽ la negativa por constante, y de mas salidos fundamentos, como se puede ver en los que cita dicha alegacion ad *n.* 440. y aunque aviendo conjecturas, han llevado muchos q̃ los puestos en condicion, se entienden llamados, y se ha juzgado assi en muchos Tribunales, pero todos vniformemente lo entienden, quando las conjecturas no son persuasivas solamente, y de cabeça, y discurso del buen Letrado que las persuade, sino quando son concluyentes per necesse, de tal manera, que aten el juizio humano a creer, que no puede ser otro, y vrgentissimas de la calidad que son las que tiene de agnacion la Capitulacion Matrimonial de Don Luis II.

380 Y es cosa bien particular el dezir conjecturas desta manera: Este es Mayorazgo, esta es materia de tracto sucessivo en Mayorazgos, y en materias de tracto sucessivo los puestos en condicion se entienden llamados: Luego, &c. y provar la menor con vna gran cafila de Autores decisiones, y exemplares, passandose por alto la mayor proposicion en que està la dificultad, quando por mi parte se està negando, que en el asserto testamēto aya sombra, ni assomo de Mayorazgo, ni silaba, que persuada el tracto sucessivo: y tambien el dezir, que la palabra *descendientes*, en Mayorazgos, induce llamamiento fideicomissario, q̄ desta manera saca las conjecturas en los *num.* 275. 311. 312. y 344. quando se niega, que en el asserto testamento aya Mayorazgo, ni conjecturas vrgentes que lo persuadan; y apenas se hallarà otro exēplar alguno de los Tribunales de este Reino, ni se sabe que lo aya, que en terminos tan sencillos como el Señalero dispuso su asserto testamento, compuesto de vna institució, y substitucion, se aya pronunciado aver vinculo perpetuo, con vnas conjecturas tan ligeras, como dezir de *leal conyuge*, dezir *herederos*, ò *sus descendientes*, y de la palabra *descendientes*, que apenas se hallarà testamento, que no se vse destos terminos, que no merecen nombre de conjecturas.

381 En la segunda question, no se contenta la parte contraria con persuadirnos con imaginativas conjecturas que los puestos en condicion estàn llamados, sino que a mas de conjecturarse llamados, se hā de conjecturar llamados per fideicomissariam, sacando conjecturas de conjecturas, indicios de indicios, y presumpciones, y imaginaciones de otras imaginaciones: inconveniente, que no ai Autor que lo dispense, ni la alegacion contra-

ria

ria lo repara, ni responde a èl: y si algunos Tribunales hã admitido en los exemplares que trae la alegacion contraria, quod vocati nomine collectivo censentur vocati per fideicommissariam, ha sido concurriendo palabras de tracto sucessivo expresso, como son, *de vno en otro, de mayor en mayor, guardando ordẽ de Primogenitura, entre los descendientes in perpetuum, semper, in infinitum*; y otras desta calidad: y de esta manera, hablan los DD. y motivos de dichos exemplares, como se hallará, si se reconocen con cuidado; Pero en el caso presente, que no ai palabra que induzga substitucion perpetua, reciproca, ni fideicomissaria, ni ai dicciones de tracto explicito, y faltan aquellos requisitos tan necessarios, que ponderan los DD. que sin ellos, vocati nomine collectivo non censentur vocati per fideicommissum, y que para esto es precisso, *quod in tota, quod expresse, quod ab vltimo*, sin los quales avria solo vna vulgar, informe, activa, sin graduacion, forma, ni indivisibilidad, como al presente, y se seguiria, que todos los descendientes juntos de vn grado, y linea aviã de suceder primero in stirpes, y despues in capita, partiendo vn Mayorazgo tã lucido, en mil atomos, absurdo horrendo, que no se le halla satisfacion.

382 En quanto a la tercera question, tambien parece cierto, que si los descendientes de Don Alonso, estân solamente llamados, como estàn puestos en condicion, han de ser los descẽdientes de la linea recta, como lo dize la letra del asserto testamento, y la linea recta se acabò en Doña Estefania, y Doña Isabel Margarita, suponiendo la linea de los Yxares, y formando cõ su marido otra linea inflexa, y de familia agena, y del renombre de Sarmiento, y assi el hijo de entrambos, no es proprio descendiente de la linea recta, sino de la de su padre, que fue el

el Señor Don Rodrigo Sarmiento, como dixo el motivo al Marques de Torres, y lo funda bien el Señor Leyza a *num.* 524.

383 Pero aunque esto no fuera cierto, como lo es, y huviera fundado Mayorazgo, ò vinculo perpetuo en el asserto testamento, que se niega: Lo q̃ consta, y es cierto, es, que a aquellas dos mitades de *Belchite, y la Puebla de Alborton*, agregò Don Luis Primero *las otras dos mitades*, de su libre patrimonio, y a los otros tres Lugares de Yxar, Vrrea, y la Puebla de Yxar agregò, y vniò otros bienes suyos, como fuerõ, *Lezera, Almonacil de la Cuba, y Vinaceite*, y despues Don Luis Segundo, a *Castelnou, y las Casas de Zaragoça*, siendo todos estos bienes agregados libres de Vinculo, y Mayorazgo, quãdo se vnieron con los otros, pues los agregaron los q̃ los adquirieron como fueron D. Luis Primero, y Segundo.

384 Supuesto este hecho, parece, que aunque fuera assi, que las vnas mitades *de Belchite, y de la Puebla de Alborton, Yxar, la Puebla de Yxar, y Vrrea de Yxar*, fueran patrimonio del Señalero al tiempo de su muerte, y las pudiera vincular, como exadverso se dize, pudieron Don Luis Primero, y Segundo ponerle a dicho Mayorazgo de estos bienes condiciones de agnaticio, y sugetar la sucession de estos Lugares, a que discurriera por los agnados de su Casa, y familia, y por los varones de varones, por dos razones certissimas in iure: La primera, por lo que dixo Casanate, *cons. 29. nu.* 52. que era clarissima esta potestad, Molina *de Primogenij lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 35. ibi: *Is tamen, qui ex bonis suis aliquid maioratui adiunxit poterit quæcumque vincula, ac conditiones, tam antiquo maioratui: quam proprijs bonis addicere, nec is, qui in bonis eius successerit poterit novum maio-*

ra-

ratum consequi, & ex bonis atiqui maioratus novas cõditiones reÿcere, sed aut debet bona noviter maioratui addita relinquere, aut ipsas cõditiones admittere, l. filius familias, §. cum pater, vbi omnes Escribentes id notant. ff. delegatis 1. *Quod etiam pari ratione dicendum erit in maioratus successore, qui ab vltimo eiusdem possessore hæres in bonis proprijs institutus fuerit, is namque, aut debet hæreditatem repudiare, aut novis conditionibus subijci, idque ex decis. d.* §. *cum pater clarissime probatur.*

385 Tienenlo por cierto los Adicionadores ad Molin. *d. lib.* 5. *cap.* 8. *num.* 35. Flores Diaz de Mena *in addit.* ad Gammam *decis.* 263. Pater Molina *tom* 3. *de iust. & iure disputat.* 616. *num.* 8. Avendaño *in l.* 46. *Tauri, Glos.* 8. Mieres *de maioratu,* 4. *p. q.* 33. *à principio*, Tiberius Decia. *cons.* 1. *à num.* 29. *cum seqq. vsque ad n.* 37. *vol.* 3. Mandellus de Alba *cons.* 782. *à n.* 40. *& seq.* Bald. *cons.* 318. *lib.* 4. *& cons.* 277. *in princip. lib.* 3 Alex. *cons.* 15. *lib.* 5. Carolus de Tapia *ad leg. fin. ff. de constitu. Princip.* 2. *p. cap. fin. per totum*, Ferdinand. de Loazes *in l. filius fam.* §. *divi, num.* 80. *delegatis* 1. Socin. jun. *cons.* 72. *num.* 22. *lib.* 1. Decius *cons.* 498. *& cons.* 543. *num.* 3. *&* 7. Aiora *de partitionibus,* 2. *p. q.* 9 *à nu.* 1. *& seqq.* Alvarado *de coniectur. mente defuncti lib.* 2. *cap.* 2. *à n.* 4. *cum seqq.* Suelves *cons.* 22. *nu.* 1. *in cent.* Covarrub. *lib.* 1. *variar. cap.* 14. *& lib.* 2. *cap.* 23. Iasson *cons.* 73. *à nu.* 2. *cum seq. lib.* 1. Dueñas *reg.* 216. D. Ferdinandus de Mendoza *disp. iuris lib.* 1. *cap.* 5. *à num.* 41. Achiles Pedrocha *cons.* 1. *nu.* 152. *& n.* 200. *cum seq.*

386 Y Castillo *lib.* 3. *controvers. cap.* 10. lo funda con excelentes, y puntualissimos textos, *num.* 9. *vers. Ego vero, vt in prædictis sententiam meam interponam,* ibi: *Et in primis constituo certum esse Maioratus primũ*

in-

institutorem, sive eiusdem possessorem, aut successorem quemcumque qui propria bona libera antiquo maioratui addiderit, sive aliquid ex suis bonis adiunxerit, quæcumque vincula, ac conditiones tam antiquo maioratui, quã proprijs bonis addicere posse; nam cum proprijs bonis successorem honoret, & novis vinculis, aut oneribus eũ onerare posse ratio ipsa iuris suadet, ut est vulgatum, & probatur in l. Ab eo, C. de fideicommissis cum alijs multis, & est textus optimus in l. cum pater, §. Titio fratri, ff. de legatis 2. & in l. cum filius, ff. de militari testamento : y assi parece, que aviendo agregado Don Luis Primero, y Segundo sus bienes libres al asserto vinculo, y Mayorazgo antiguo del Señalero pudieron ponerle condiciones de agnaticio.

387 La segunda razon es, porque las condiciones de agnacion, no son contrarias al asserto vinculo antiguo del Señalero, suponiendo, que aquel es informe, incierto, dudoso, disputable, y sugeto a mil questiones, como lo confiessa la parte adversa, disputandolas en su alegacion: y assi Don Luis Primero, y Segundo pudieron declarar aquella pabra *descendientes*, del asserto vinculo del Señalero, explicando de què descendientes se devia entender, pues esta declaracion no era contraria al asserto vinculo, ni le añadia cosa de nuevo. Pruevalo grandemente el doctissimo Tiberio Deciano, en otra capitulacion deste Reino, sobre la causa de la Batonia de Espès, cuya resolucion, despues de los graves fundamentos en que estriva, por su autoridad sola deve ser mui venerada, pues dixo dèl Francisco Molina *de riptu Nuptiar. lib. 3. cap. 23. num.* 4. que en Italia leìan en su tiempo en la famosa Universidad de Padua, Tiberio Deciano, Mantica, que despues fue Cardenal, Menochio, Mario Muta, y Ce-

y Cephalo, y que a todos estos les excedia Deciano. Dizelo *d. num.* 4. ibi: *Sed Tiberius Decianus omnes alios gravitate, & authoritate tunc superabat*; y assi es, que sus escritos son de los mas doctos, y magistrales que se hallan.

388 Dize, pues, este gravissimo varon *lib.* 1. *cons.* 7. *num.* 99. *Secundo considero, quod immo in hoc instrumento, nihil novi fuit additum, sed tãtum fuit facta declaratio, & interpretatio illorum verborum generalium, & obscurorum videlicet*, filios, & descendentes, *de quibus in instrumento anni* 1511. *Dubitari enim poterat an appellatione filiorum, vel descendentium venirent tam masculi quam fœminæ.* Y en el *nu.* 102. *Et nulli dubium, quod contrahentes possit declarare verba dubia, & obscura, vt tradunt omnes in l. Qui ex pluribus, & in l. stipulatio ista, de verb. oblig. &c.* Y en el *num.* 103. responde al obice contrario, ibi: *Nec dici potest, quod illa verba filij, & descendentes sic generaliter prolata in instrumento anni* 1511. *essent obscura, & quod ideo non indigebant declaratione: Quia immo dico, quod cum forent generalia erant obscura, generalitas enim obscuritatem parit, vt notat Alexand. in l. si ita stipulatus de verb. obli. & in l. legato, ff. de legatis* 1. *Potuerunt ergo isti contrahentes ex hoc instrumento declarare mẽtem eorum; quod scilicet, dum semper fecerunt mentionem de filijs, & descendentibus intellexerunt de masculis: Licet ergo si expresse in instrumento anni* 1511. *vocati fuissent masculi, & fœminæ, vellemus nunc fateri, quod nõ potuissẽt in hoc vocare tantum masculos, & excludere fœminas, attamẽ dico, quod in instrumento non fuerũt vocatæ fœminæ, sed tãtum sub generalitate verborum filios, & descendentes, quæ generalitas cum dubium reddat iudicem, an intelle-*

xe-

xerint contrahentes de vtroque ſexu; vel tantum de maſculo potuerunt hoc poſtea declarare.

389 Es tan excelente, y admirable para nueſtro intento, y de tan ſolidos fundamentos el *d. conſ. 7.* de Deciano, que apenas ſe puede ofrecer razon de dudar, que no la ſatisfaga, y a velas llenas le reſponda, y aſsi a la objeccion que ſe podia hazer del derecho adquirido a todos los deſcendientes indiſtintamente varones, y hembras, reſponde en el *nu.* 106. ibi: *Tertio dico, quod immo per inſtrumentũ anni* 1511. *nullum erat tale ius quæſitum filijs, & fœminis D. Annæ, quibus per eoſdem contrahentes non potuerit præiudicari* (en nueſtro preſente caſo por otra razon, a mas de la que dà Deciano, y es, porque podia gravarles en algo, quien les honrava con ſus bienes libres, ſegun la *l. Ab eo* 9. *C. de fideicommiſsis,* y las doctrinas arriba alegadas, y por la razon que proſigue) *quia eorum ius ſi quod erat fundatum eſſe videbatur ſuper lata ſignificatione illorum verborum filios, & deſcendentes contentorum in inſtrumento anni* 1511. *ſed cum illa verba dubia, vel ſaltim obſcura forent, propter eorum generalitatem potuerunt contrahentes intelligere, & de maſculis, & de fœminis: Ergo, vt mens contrahentium appareat magis diſtincta, & ſpecialis, potuerunt ipſimet contrahentes declarare, vt ſupradictum fuit, & notatur in l. ſi quis intentione ambigua, ff. de Iudicijs; nec omnino poteſt dici ius quæſitum ipſis deſcendentibus fœminis, quia non erant natæ, nec conceptæ, l. 1. §. ſciendum, ff. de ſuis, & legitimis, l. ſi quis filio exhæredato in principio, vbi Bart. ff. de iniuſto rupto, omnes in l. ſi quis filium, C. de inofficioſo teſtament.*

390 Y en el *num.* 108. ſigue la miſma idea, ibi: *Licet enim non ignorem in fideicommiſsis appellatione deſ-*

 cen-

cendentium venire, etiam natos, vt notatur in l. Gallus, §. institutis, ff. de liberis, & posthumis, & per Paulũ cons. 1. num. 7. 8. & 9 in antiq. & Socin. cons. 249 in 4. argument. in 2. vol. Attamen , & hoc scio, quod illud non adeo verum est, vt dicatur iam ius quæsitum, nam illud propriè dicitur ius quæsitum, quod de præsenti quæsitum est, adeo quod eo tunc, vti frui possit, §. *singulorum, instit. de rerum divis. & traddit Paris. cons. 9. num. 91. in 2. Et magis in specie, quod fideicõmissarius non dicatur habere ius quæsitum, sed tantum quærendum in spe , vt per Bart. & omnes in l. Gallus,* §. *& quid si tantum ; nam ante quam evenerit casus , multa possent occurrere perque fœminæ non admissæ fuissent : immò ante quam natæ fuissent, & hæreditas eis delata esset, vel immo etiam apprehensa, non potest dici ius quæsitum* , singularmente en nuestro caso, en el qual Don Luis I. y II. que fueron los que declararon, no quitaron el derecho a los varones descendientes de hembra, sino que declararon dever suceder primero los descendientes varones de varones de hẽbras. Optime Decian. *d. cons. 7. n.* 112. & 117. ibi: *Quia vere non fuit revocata , sed tantum per sequentia pacta declaratus sensus illorum verborum generalium descendentium, & filiorum, quod scilicet contrahentes intellexerint de masculis primo, postea de fœminis.*

391 Este lugar tan Magistral de Deciano, lo siguen y celebran los Adicionadores a Molina *de Primog. lib. 1. cap.* 8. *num.* 38. Y Fontanella *de pactis claus.* 4. *Gloss.* 5. *num.* 11. *y* 12. *& decis.* 72. *num.* 9 *tom.* 1. donde le llama a Deciano, *vir magni nominis.* Y Mieres *de Maioratu p.* 1. *q.* 44. *nu.* 16 en donde en estos mismos terminos resuelvẽ, que la palabra *descendientes*, puesta en vna escritura de Mayorazgo, se puede declarar por otra enten-

tendiendola absolutamente de los descẽdientes varones, que es mas que preposterarlos en el orden sucessivo, como lo hizieron Don Luis I. y II. defienden lo mismo Boerio *decis.* 172. Craveta *cons.* 934. *num.* 4 Surdo *decis.* 29. *num.* 8. Peregrin. *cons.* 36. *num.* 4. *lib.* 3. Burgos de Paz *in Proœmio legum Tauri num.* 309. *&* *cons.* 2. *num.* 61. Curtius jun. *cons.* 55. *num.* 9. *vers. Postremo, &* *num.* 10. los quales hablan en los terminos puntuales de nuestro proposito; y la declaracion la pueden hazer, no solamente el que hizo la escritura dudosa general, y obscura, sino tambien sus sucessores, Mieres *d. q.* 44. *nu.* 94. *&* 95. Salgado, cum multis, *de Regia protect. p.* 4. *cap.* 12. *num.* 8 *&* 9.

392 La razon, en que se funda la resolucion de todos estos gravissimos DD. es, porque la declaracion no añade cosa de nuevo, sino que manifiesta mas el hecho preexistente, *l. Asse toto, ff. de hæred. instit. l. vnum ex familia, §. si de falcidia, ff. de legatis* 2. Salgado *d. cap.* 12. *num.* 29. y se retrotrae al tiempo de la principal disposicion, Mantica *de contract. lib.* 1. *tit.* 16. *nu.* 7. *to.* 1. De tal modo, que se juzga por parte, y porcion de aquella, Surdus *decis.* 21 *per tot.* & censetur emanasse cum illa eodem tempore, Gratian. *discept. Forens. to.* 1. *cap.* 147. *nu.* 2. nunca se puede entender prohibida, Bald. *in l. tres denunciationes in fine, C. quomodo, & quando Iudex, &c.* porque tira a averiguar la verdad, Craveta *cons.* 4. *nu.* 21. y a librarla de los cambrones de las dudas, Bart. *in l. stipulatus in princip num.* 3. *&* 4 *ff. de verb. oblig.* y a reducir a certeza la incertidumbre, Ruinus *cons.* 189. *vers. Quinto prædicta confirmantur, vol.* 1. y a assegurar el animo del Iuez, Felinus *in cap. super quæstio. de officio delegati,* singularmente, quando, ni el mas docto, ni el

ma-

mayor Letrado tiene expressa imagen del derecho, sino vna sombra, como se ha fundado con San Pablo *epist.* 1. *ad Corinth. cap.* 3. Y Ciceron *lib.* 3. *officiorum supra n.* 302. y assi parece, que aunque el asserto testamento del Señalero valiera (quod absit) y en èl huviera fundado vinculo perpetuo, q̃ se niega, no excluye la pretension de mi parte, ni deshaze las fuerças de su inclusion.

§. V.

DEL TERCER TITVLO, Y CAPITVLACION matrimonial de Don Iuan Segundo, hijo de Don Iuan Primero, llamado el Orador.

393 DOcta, y bastantemente se ha fundado por los eminentissimos Advogados de mi parte, que en esta capitulaciõ matrimonial, no ai vinculo, ni Mayorazgo perpetuo, y que si alguno avia, era temporal, y limitado a los hijos de Don Iuan el Segundo, y de Doña Catalina Veamonte, y que no transcendia a sus nietos, por estar restricta la letra de dicha capitulacion, alli: *A los fillos, que saliràn del presente matrimonio*, cuya idea abraçò el motivo de la *decis.* del Señor R. Sesse 362. *nu.* 62. con solidissimos fundamentos, y porque alli no avia palabra de tracto sucessivo, y perpetuo, sino antes bien letra clara, q̃ restriñò el llamamiento a los hijos de aquel matrimonio, que entonces tenian *presente* los contrayẽtes, siendo impossible, que el tiempo que entonces teniã presente comprehendiera el tracto futuro, y sucessivo del tiempo venidero; el motivo, ibi: *Quia hæc vocatio restricta, est ad filios præsentis matrimonij, & tempus præsens diversum est à futuro*: y por otras muchissimas ra-

zo-

zones, que en las alegaciones antecedentes escritas por mi parte, se han ponderado, y escuso el repetirlas: y assi aora solamente procurarè satisfacer a la vltima alegacion contraria, y a lo que discurre en este punto.

394 En el *num.* 348. dize, que aunque el Mayorazgo no se instituìa con nombre de Mayorazgo, pero que en dicha capitulacion ai otras palabras que lo denotan, como son aquellas, *prefiriendo el mayor al menor, è los masculos a las hembras, assi empero, que el mayor, y primogenito aya todas las Villas, &c. E los otros fillos, è fillas si mas habrà el dicho Don Iuan menor los pueda heredar, y dotar, &c.*

395 Porque se responde, que quien dize, que ai vinculo perpetuo, lo ha de provar clara, y distinctamente, *l. Titia, §. Caius, & l. Lucius de legatis* 2. Marzarius *in epitome fideicommissorum, q.* 1. Petra *de fideicommiss. q.* 9. *num.* 32. & 34. Fusar. *de substit. q.* 291. *à num.* 1. & *q.* 615. *num.* 1. & 2. porque los bienes en caso de duda se presumen libres, mientras clarissimamente no se prueva lo contrario, Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 67. *num.* 20. Simon de Prætis *de interpret. vltim. volunt. fol.* 275. *nu.* 8. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 1. *num.* 26. & *art.* 11. *num.* 37. Castillo *lib* 4. *controvers. cap.* 9. *num.* 3. *cum seqq.* y no basta, que la prueva sea persuasiva, sino que ha de ser concluyente, y clara, porque siendo disputable, y dudosa vẽce el que alega la libertad de los bienes, Riminald. jun. *cons.* 50. *num.* 55. *lib.* 1. Natta *cons.* 200. *num.* 8. *lib.* 1. Cæphal. *cons.* 430. *num.* 17. & *seqq.* & *cons.* 447. *num.* 33. & *seqq.* Gratus *cons.* 68. *num.* 8. *lib.* 1. Honded. *cons.* 78. *num.* 8. & *seqq. lib.* 1. & *cons.* 51. *num.* 59. *lib.* 2. Menoch. *cons.* 512 *num.* 3. Peregrin. *cons.* 149. *num.* 11. *lib.* 5. & *cons.* 67. *nu.* 10. Monter *decis.* 35. *n.* 11. &

seq.

seq. Fusar. *d. q.* 615. *n.* 5. Casanate *conf.* 4. *n.* 35. *& seqq.*

396 Ni la prelacion de los varones a las hembras, ni el llamar al Primogenito, son conjecturas de vinculo perpetuo, segun la mas comun opinion, y assi las refutan Ancharran. *conf.* 137. Alex. *conf.* 108. *lib.* 1. *& conf.* 185. *lib.* 2. Angelus *conf.* 199. *nu.* 1. Pulchre Ruinus *conf.* 92. *lib.* 2. *& conf.* 124. *num.* 9. *lib.* 2. Menoch. *conf.* 85. *nu.* 46. *&* 47. donde cita a Socino, Decio, Curtio, Natta, Parisio, Aymon, Tiraquello, y otros infinitos, que no admiten estas conjecturas, D. Franciscus de Leon *decis.* 60. *num.* 5. 28. *&* 36. trae muchas decisiones en que se ha juzgado contra estos argumentos de vinculo perpetuo; Casanate *conf.* 4. *à nu.* 230. *cum seqq.* Petrus Gregor. *lib.* 42. *sintag. cap.* 28. *num.* 36. Rota apud Farina. *decis.* 538. *num.* 7. *tom.* 2. *selectarum*, Ramona *conf.* 61. *n.* 23. 24. *&* 25. *& conf.* 100. *n.* 39. 41. 42. 79. *&* 80.

397 Y si algunos DD. a bueltas de otras conjecturas vrgentes de Mayorazgo perpetuo, han acumulado estas, ha sido con la distincion que trae Molina *de primogen. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 37. *&* 38. a quien sigue Castillo *tom.* 5. *cap.* 93. §. 5. *num.* 1. ibi: *Quod id procedit quando fideicommissum masculis ex familia testatoris procedentibus indefinite relictum est: Secus autem si filio primogenito, vel alij agnato, vel cognato, & suis filijs, ac descendentibus masculis fideicommissum relinquatur: tunc namque quamvis inter eos, qui specificè vocati sunt censeatur habita agnationis ratio, hæc tamẽ consideratio agnationis, & fideicommissi effectus, personas nominatas non extenditur, nec totam agnationem comprehendit, sed his masculis, qui nominati fuerunt deficientibus illico fideicommissum expirat.* Lo mismo repite *tom.* 5. *cap.* 89. *num.* 54. *in fine.*

398 Fundase esta distincion en la *l. Quæ conditio, ff. de condit. & demonst.* y le siguen Immola *in l. si vero, §. de viro, ff. soluto matrimonio*, idem Molin. *de primog. lib. 3. cap. 5. num. 18.* Avendaño *in l. 40. Tauri, Gloss. 9. nu. 51.* Raudensis *de Annalog. cap. 15. nu. 335. & cons. 36. num. 84. & 94. lib. 1.* Gabriel *cons. 97. num. 7. & n. 26. lib. 1.* Menoch. *cons. 117. num. 31.* Riminaldus jun. *cons. 200. n. 22.* Casanate *cons. 4. nu. 221. & cons. 5. n. 40.* & passim alij quam plurimi relati à Castillo vbi proxime.

399 Ni en dicha capitulació ay prohibicion de agenar expressa, y aunque la cõtraria alegacion la quiere inducir tacita, pero esta no aprovecha, porque para que la prohibicion de agenar sea argumento de Mayorazgo, son necessarios tres requisitos, de los quales ninguno se halla aqui: El primero, que expressamente se prohiba la agenacion: El segundo, que aquella sea absoluta, real, y dirigida a los bienes, y no a las personas: El tercero, que se expresse la causa, y razon de la prohibicion, que es, el que los bienes se conserven en la familia, como se prueva de la Authẽtica de restitutione fideicommissi, y pueden servir de copiosa alegacion, Casanate *cons. 4. n. 240. cum multis seqq.* Petra *de fideicommiss. q. 11. n. 554.* Castillo *tom. 5. controvers. cap. 89. nu. 39. & 40.* Ramona *cons. 61. num. 47. in fine.*

400 Ni el llamar al hijo mayor, ò primogenito, ni la indivisibilidad de los bienes aprovecha, porque esso tendria lugar, si absolute, & simpliciter estuviera llamado el mayor, ò primogenito: Pero no quando estàn llamados los hijos, y las palabras *mayor, ò primogenito,* estàn restrictas a los del primer grado, Molina *de Primogen. lib. 1. cap. 5. num. 22.* ibi: *Idque verissimum est si verbum hoc Primogenitus indefinite pronuncietur, nec*

ad

ad certum filium referatur, Ganaverro *conſ.* 1. *num.* 39. ibi: *Nec obſtat, quod verbum primogenitura aliquando ſignificet fideicommiſſum perpetuũ voluti ſi in diſpoſitione declaratur per viam regulæ primogenituram conſtituere velle, vel maioratum, quoniam fateor tunc temporis id illud verbum ſignificare: Et in his terminis loquntur Peregrinus de fideicommiſ. art.* 22. *num.* 51. *&* *Caſanate conſ.* 20. *à n.* 70. *Sed non ita accipitur illud verbum quando vocatis filijs tantum addicitur pro forma ſuccedendi inter eos illa clauſula, ſervato ordine primogenituræ quoniam tunc temporis adeo verum eſt non importare fideicommiſſum perpetuum, vt neque egrediatur terminos primi gradus.*

401 Lo miſmo ſintieron Socinus ſenior *conſ.* 88. *n.* 1. *lib.* 3. Paulus de Caſtro *conſ.* 164. *nu.* 4. *vol.* 2. Ruinus *conſ.* 115. *num.* 18. *vol.* 2. Celſus Hugo *conſ.* 49. *nu.* 20. Cæphalus *conſ.* 353. *num.* 67. *&* 69. *lib.* 3. Riminaldus junior *conſ.* 371. *num.* 144. *&* 147. *lib.* 4. En el Conſejo Real de Valencia, ſe pronunciò aſsi, Hieronym. de Leon *deciſ.* 60. *nu.* 46. ibi: *Manifeſte oſtendunt, & declarant donatorẽ in præcedentibus de liberis primi gradus in quibus propriè caddit ordo genituræ, dumtaxat ſenſiſſe;* iuxta illud Pauli ad Romanos, *cap.* 8. vt ſit ipſe primogenitus in multis fratribus; y es neceſſario, que al principio de la diſpoſicion ſe ponga per modum regulæ, a todos los deſcendientes abſolutamente, porque aliàs, aunque al fin de la diſpoſicion ſe dixera, *hago mayorazgo*, no por eſſo ſeria perpetuo, y regular, Additionatores ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 13. *vſque ad* 17. ni ſe eſtenderia el vinculo vltra de los grados de las ſubſtituciones expreſſamente hechas, ibi: *Poſteaque addiciat in eorum calce, hoc verbum, hago mayorazgo, tunc vltra gradus præſcrip-*

criptos substitutio protrahi non debet. Idem firmant Alexander Raudensis *variarum cap.* 43. *num.* 12. Menoch. *cons.* 803. *nu.* 36 *lib.* 9. Micres *de maior.* 1. *p.q.* 48. *n.* 8.

402 En el *num.* 349. dize la alegacion contraria, que en la question, an filiorum appellatione nepotes cõprehendantur? dize, que la mas verdadera, y seguida es la afirmativa. Se responde, que atendiendo a la propriedad, y rigor de las palabras, como en Aragon se deve atender, *ex Observant.* 1. *de æquo vulnerato,* Portoles *in verb. Forus, num.* 45. *&* 46. Sesse *decis.* 374. *nu.* 10. Suelves *cons.* 65. *nu.* 5. la mas verdadera opinion es la negativa, Barbos. *Appellativo* 99. *num.* 84. ibi: *Ego prolixijs concordijs breuitatis studio ommissis, dicendum puto in proposito, vel attendi rigorem, & proprietatem verborum, vel impropriam, & latam eorum significationem; si verborũ rigor attendatur, proculdubio verior est posterior sententia negativa, quod appellatione filiorum nepotes non continentur, vt bene probat textus in l. quod si nepotes,* 6. *ff. de testamen. tutella, cum similibus supra adductis, nam constat filios esse quos ipsi genuimus, nepotes autem, qui ex ipsis filijs nascuntur, ideoque hos secundum graduum, illos autem primum constituere, l.* 1. §. 1. *cum seqq. ff. de gradibus.*

403 Y esto procede con mayoria de razon en los contractos, como lo es esta capitulacion, in quibus a proprietate verborum non est recedendum, *l. veteribus, ff. de pactis, l. quidquid adstringendæ, ff. de verb. obligat.* y assi en los contractos, responden por la negativa Bart. *in l. liberorum, num.* 8. *de verb. sig.* Alex. *cons.* 37. *num.* 7. *lib.* 6. *& cons.* 1. *num.* 4. *&* 12. *lib.* 1. *& cons.* 17. *n.* 3. *&* 4. *& cons.* 125. *in principio, lib.* 5. Gratiano *regula* 205. *n.* 3. Anton. Gabriel *lib.* 6. *commun. tit. de verbor. signific.*

con-

conclus. 1. *nu.* 64. Caldas Pereira *de emphiteusi, p.* 3. *cap.* 14. *num.* 8. y hablan en llamamientos, y substituciones hechas en capitulaciones, vltra quos idem tenent Rolandus à Valle *cons.* 93. *num.* 18 & 19 *lib.* 2. Sfortia *cons.* 39. *num.* 15. Peregrin. *cons.* 65. *num.* 19. *lib.* 1. & *cons.* 149. *num.* 13. *in fine, lib.* 5 Rusticis *in l. cum Avus, lib.* 6. *cap.* 14. *num.* 41. *in fine,* Fusar. *de substit. q.* 321. *num.* 101. Gamma *decis.* 260. *num.* 1. Barbos. *d. appellati.* 99. *nu.* 86. & *seqq.* y en esto no ai Autor que discrepe, pues aun los que siguen la afirmativa, en los contractos dizen ser la negativa verdadera, quod filiorum appellatione nõ continentur nepotes.

404 Y aunque en la capitulacion de Don Luis II. he defendido la afirmativa, *sup. p.* 1. §. 12. *num.* 46. *pag.* 39. & 40. pero alli es de notar, que la palabra *hijas*, no està restricta a las de aquel matrimonio, como lo estàn en esta capitulacion de D. Iuan el Segundo, alli: *Que saliràn del presente matrimonio.* A mas, de q̃ alli, jamas se ha dudado, de que huviera vinculo perpetuo, ni de q̃ fuera materia de tracto sucessivo, que en esto la parte contraria tambien conviene; de lo que alli se ha dudado, y nos pone en question la parte contraria, es de la calidad del vinculo, si es agnaticio, ò de simple masculinidad: En esta capitulacion de Don Iuan el Segundo, ni ai palabra que denote tracto sucessivo, y perpetuo, ni ai vinculo absoluto, ni assomo, como lo sintiò el motivo de la Real Audiencia, y se vè por su tenor, y por lo que se ha fundado acerca desta capitulacion, y lo que se irà discurriendo, y assi, aqui, ni conforme a Fuero, ni conforme a derecho, los nietos se pueden comprehender debaxo el nombre de *hijos.*

405 Disputavase en el Sacro, Supremo, y Real Conse-

ſejo de Aragon, en el pleito, y cauſa del Ducado de Gandia, acerca de vna donacion hecha por el Duque Don Alonſo de Aragon a Don Hugo de Cardona, ſobre ſi eſtas palabras; *Hugoni de Cardona nepoti, & filijs eius maſculis, videlicet Primogenito, & deinde vni poſt aliũ ſucceſsive ſecundum ordinem genituræ, in perpetuum*, comprehendian los nietos de Don Hugo, ò ſolamente ſe devian entender de los hijos? Defendieron acerrimamente, que appellatione filiorum non comprehendebantur nepotes, en eſta donacion, Socino junior *conſ.* 108. *lib.* 2. y Alciato *conſ.* 98. ſegun la impreſsion de Leon, y ſegun la de Venecia *conſ.* 2: *lib.* 8. y no obſtante que parece que eſtavã dichas palabras tan preñadas de vn tracto ſucceſsivo, y de vn vinculo perpetuo, ſe decidiò por tres ſentencias conformes en dicho Conſejo Supremo de Aragon, que el fideicomiſſo eſpirò en los hijos de Don Hugo, y no paſsò a los nietos, por no comprehenderſe eſtos debaxo el nombre de hijos: pues quanto menos ſe comprehenderàn en el caſo preſente, en el qual, ni ai clauſula de perpetuidad, ni los hijos eſtân tan general, e indefinitamente llamados, ſi ſolamente los de aquel matrimonio?

406 De lo dicho ſe dâ clariſsima ſatisfacion a lo que pondera la alegacion contraria en los *num.* 350. 351. y 352. donde diſtingue entre el caſo, en el qual ſe trata de la prelacion del hijo al nieto, y entre el caſo, en el qual ſe trata de extinguir el fideicomiſſo perpetuo, diziendo, que en el primer caſo, es verdadera la opinion negativa: pero que en el ſegundo ſe comprehenden los nietos debaxo el nombre de hijos, con Caſanate *conſ.* 58. *num.* 42. Surdo y otros. Y a mas de lo dicho, ſe reſponde, que Caſanate perdiò aquel pleito en eſta Corte en la elecciõ de firma,

en donde se pronunciò, que ni en aquel caso, los nietos se comprehendian debaxo el nombre de hijos, como se puede ver por los motivos que trae despues del *conſ.* 59. en el processo Bertrandi Desvalls se pronunciò lo mismo en la Real Audiencia, apud Sesse *deciſ.* 64. *in fine*, siguiendo el sentido natural de la palabra *hijos*, y conformandose con el Estatuto de estar a la carta, como dize Sesse *d. conſ.* 64. *num.* 71. y todos los demas DD. exadverso alegados en dichos numeros, hablan en materia de tracto sucessivo, perpetuo, y cierto, como en los feudos Mayorazgos, fideicomissos absolutos, fundados con tan amplissimas clausulas de perpetuidad, que no se pueda dudar della, ni de su fundacion: que en este caso, todos los DD. llevan ser materia indiferente a hijos, y nietos, y que estos se comprehenden debaxo el nombre de aquellos, como se deven entender, Molina, Peregrino, Menochio, Avendaño, Prætis, Pereira, y otros infinitos, y esto no lo negamos.

507 La razon desto es, porque assentando la perpetuidad del Mayorazgo, ò fideicomisso absoluto, si los nietos no se comprehendieran debaxo el nombre de hijos, se acabaria el vinculo, por no entẽderse aquellos llamados, y se frustraria todo el intento del fundador del Mayorazgo, y se acabaria todo el efecto de su disposicion, respuesta caval del Señor Reg. Sesse *deciſ.* 64. *num.* 104. ibi: *Nec obstat, quod in testamento sit lata interpretatio, quia hoc procedit ad finem, vt valeat institutio, nõ autem vt fiat extensio de persona in personam contra verborum proprietatem contra d. l. non aliter, Decian. num.* 22. *per quod etiam respondetur ad varia Consilia Doctorum cõcludentium in varijs casibus venire nepotes appellatione filiorum nam procedunt illa, quando aliàs non potuisset*

ve-

verificari institutio, vel dispositio, veluti, quia nulli extabant filij primi gradus; sed tantum nepotes, & sic ne extinguatur dispositionis effectus.

408 Pero en esta escritura, que ni es testamento favorable, ni de ancha interpretaciō, en la qual, no les passò por la imaginacion a los contrayentes, el fundar Mayorazgo perpetuo; ni ai palabra, clausula, diccion, ni silaba de perpetuidad de tracto succesivo, cuya disposicion se puede verificar en los hijos, sin transcender a los nietos, y surtir su efecto cumplido, sin sacar la palabra *hijos*, de la esfera de su sentido natural, sin impropriarla, ni violentar su significativa naturaleza, no parece que ai razon, por la qual los nietos se ayan de comprehender debaxo de ella. De este sentir fueron muchissimos Autores, y todos quorum aliquos citat, & sequitur Sesse *d. decis.* 64. *n.* 95. ibi: *Quarto facit pro hac opinione, quia quādo dispositio testatoris habuit, vel habere potuit effectū in filijs, tunc ad nepotes nō debet extendi Bart. in l. liberorum, nu.* 18. *de verb. significat. per l. Gallus, §. idem credendum de lib. & posth. l. boves, § hoc sermone de verb. sig. Socin. senior cons.* 104. *vol.* 3. *Curtius senior cons.* 45. *num.* 17. *Decius cons.* 95. *num.* 5. *Rolandus cons.* 43 *n.* 36. *vol.* 4. Caldas Pereira *de potestate eligendi, cap.* 14. *n.* 13. Peregrin. *art.* 22. *de fideicom. nu.* 58. & 59. Y Mantica *de coniect. lib.* 8. *tit.* 8. *num.* 5. dixo, que en este caso corria sin controversia, que los nietos no se comprehendan debaxo el nombre de hijos.

409 En los *num.* 353. 354. *y* 355. dize la alegacion cōtraria, que aquellas palabras de la capitulacion, *los hijos que saliràn del presente matrimonio*, no son limitativas, porque la diccion *de*, ò *ex*, muchas vezes denota la causa mediata, con Caldas Pereira *de iure emphiteut. cap.*

14. *num.* 38. y Larrea *decis.* 34. *num.* 90. se responde, que la diccio͂ *de*, ò *ex*, de su propria naturaleza denota la causa inmediata, y que en Aragon se ha de estar a la propriedad de su significacion, por el rigor de estar a la carta: y aunq̃ alias in viã iuris, algunas vezes, segun la materia sugeta denote la causa mediata, pero que esto es contra su significativa naturaleza, que en este Reino no se deve admitir, como se ha fundado arriba en el §. 8. *num.* 36. *&* 37. *p.* 1. a que me remito: Larrea en la *decis.* 34. *nu.* 90. habla en mayorazgos, y no es este nuestro caso, como piensa la alegacion contraria, porque faltale por provar, que en esta capitulacion aya fundado Mayorazgo. Y au͂que se comprehendieran los nietos debaxo el nombre de hijos, como esta capitulacion hablò *de los hijos del presente matrimonio*, y los nietos no fueran hijos de aquel presente matrimonio, sino de otro matrimonio futuro, era impossible el comprehenderse debaxo de aquella clausula.

410 Prosigue en los *num.* 356. 357. *y* 358. procurando confirmar su intento con Caldas Pereira *d. num.* 38. 41. *&* 43. y Suelves *cons.* 5. *semicent.* 2. *num.* 65. à cuya instancia responde co͂ el mismo Caldas Pereira el Señor R. Sesse, *d. decis.* 64. *num.* 76. ibi: *Caldas vbi supra, num.* 17. *dicens; quod vbi nomen filij est prolatum restrictive, veluti (talis filius) qui hoc ferit, vel si quis dictorum filiorum, tunc enim propter restrictionem non veniunt nepotes, allegat Alexan. cons.* 56. *num.* 6. *in* 5. *vbi conditio nullis extantibus ex ipso, & vxore filijs restringitur ad filios primi gradus, quia dictio* ex, *denotat causam immediatam, l. eo tempore in fine ff. de peculio, & cons.* 140. *n.* 2. *in* 6. *Socin. cons.* 62. *num.* 10. *in* 3. *& cons.* 140. *nu.* 2. *in* 3. haze aora la replica de la alegacion contraria: *Et licet*

cet contra id dici possit, quod verbum suus, & similia non restringunt, imò licet dicatur, ex se, aut ex suo corpore procreatis, nihilominus continentur nepotes, hic d.l. Lucius, vbi DD. omnes, & est communis teste Peregrino art. 28. n. 34. vbi multos allegat, nisi dictum esset ex suo proprio corpore natis, Peregrin. vbi supra vers. Quid si dictum fuisset, &c. y responde a la replica consecutivamente, *n.* 79. ibi: *Ad id tamen respondetur, quod illud est quando filij cum his dictionibus restrictivis ponuntur in conditione ad excludendum substitutum, tunc enim continentur nepotes, vt dicit Peregrin. Angel. Immola vltimo nota. in l. Lucius ff. de hæred. instit. cum concordatis per Gabriel d. conclus. 1. num. 77. vers. contrarium. At secus erit in vocatione filiorum, quo casu iste restrictiones videtur limitari ad filios primi gradus Caldas sic distinguens, d. num. 17. cuius ratio esse potest, quia quando ponũtur in conditione, filij accipiũtur magis late, vt omnes dicunt teste Peregrin. art. 25. num. 6. & sic intellectus Socin. in d. §. hæreditatem videtur subsistere.*

411 En nuestro caso, los hijos no estàn puestos en condicion, sino expressamente llamados, como consta de la clausula de dicha capitulacion, alli: *Que los fillos que saliràn del present matrimonio hereden, e sucedan*; y assi la doctrina del Señor Regente Sesse, es aplicable, singularmente aviendola canonizado la Real Audiencia *in processu Beltrandi Desvalls, super Apprehensione.* A Suelves *d. cons. 5. semicent. 2. num.* 65. se responde, que los que alli cita, hablan en materias de Mayorazgo perpetuo, y aũ alli no passa sin disputa, pero no estamos en esse caso, porque aqui no ay Mayorazgo en esta capitulacion: En el caso del consejo 5. de Suelves, no se dudava, de que lo huviera en aquella capitulacion matrimonial

de Don Iuan de Torrellas, y Doña Maria Sanchez de Toledo; solo se dudava de la qualidad del Mayorazgo perpetuo, porque la substancia dèl constava expressamẽte de aquella escritura: En nuestro caso no se ha provado, ni se puede provar la substãcia del Mayorazgo, y por el consiguiente mucho menos sus qualidades.

412 Desde el *num.* 359. hasta el *num.* 365. intenta responder a Fabro *in C. de fideicommis. definit.* 12. a la Rota, apud Farinac. *decis.* 507. *num.* 10. *tom.* 2. al S. C. Portuense apud Pereiram *de emphiteusi lib.* 3. *cap.* 14. à Molin. *de ritu nuptiarum lib.* 3. *q.* 11. à Fontanella *de pactis nuptialibus to.* 1. *clausul.* 4. *Glos.* 9. *p.* 1. Y a Larrea en la *decis.* 33. los quales en terminos bien puntuales de nuestro caso resuelven, que los nietos no se comprehenden debaxo el nombre de hijos: y si limitã su resolucion, es quando en los hijos no pudo tener efecto la disposicion, como se ha dicho arriba, y se conoce de los *num.* 362. y 363. de la alegacion contraria: Pero no estamos en este caso, porque la disposicion de esta capitulacion pudo tener efecto en los hijos: Tambien se limitan quando ay conjecturas vrgentes, y literales, que conuenzan la cõprehension de los nietos debaxo el nombre de hijos, y de esta manera se entiende lo que dize la alegaciõ contraria *n.* 360. y 361. Pero en nuestro caso, no solamente no ay conjecturas literales, y vrgentes para su intento, mas ni aun persuasivas, antes bien la letra clara, que quita todas las dudas, *los fillos que saliràn del present matrimoni.*

413 Mientras expressamente, ò por conjecturas claras no consta, que quisieron los contrayentes comprehẽder los nietos, no se contienen debaxo el nombre de *hijos*, Tiber. Decianus *responso* 47. *nu.* 7. *vol.* 3. Sesse *decis.* 64. *num.* 102. ibi: *Ergo non veniunt nepotes appella-*

tio-

tione filiorum, nisi expresse, aut per claras coniecturas resultet voluisse testatorem, singularmente en Aragon, en donde no se admite interpretacion vltra propriam verborum significationem, Roland. *cons.* 62. *n.* 36. *vol.* 3. Beroius *cons.* 220. *num.* 474. Portol. *in verb. Forus*, cum quo, & alijs Sesse vbi proxime, *num.* 18. y los nietos, propriamente no son hijos, Sesse *nu.* 97. Gamma *decis.* 16. *num.* 7. Tesaurus *quæst. Forens.* 91. *nu.* 8. *lib.* 1. Magonius *decis.* 82. y no es justa interpretacion la impropria, Corneus *cons.* 47. *in principio, p.* 4. Simon de Prætis *de interpretat. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 3. *dubit.* 4. *solut.* 1. *nu.* 50. *pag.* 208. Rebuff. *de verb. signific. pag.* 883. y asi en terminos proprios de statuto, que obliga a estar a la carta, tienen por cierto, quod appellatione filiorum non continentur nepotes, Bald. *in l. Maximum vitiũ, C. de liberis præterit.* Prætis *lib.* 1. *interpr.* 1. *dubit.* 2. *solut.* 4. Alex. *cons.* 198. *lib.* 6. & *cons.* 45. *num.* 5. *lib.* 7. Caldas Pereira *de potestate eligendi* 3. *p. cap.* 14. *nu.* 10. Menoch. *cons.* 215. *num.* 7. Raudens. *lib.* 1. *variar. cap.* 37. *à num.* 93. & *seqq.* Sesse *d. decis.* 64. Casanate *cons.* 34. *num.* 7. & 16. & *cons.* 58. *num.* 38. & 39.

414 Y con mayoria de razon, en el caso presente, en el qual estàn llamados los hijos con vna calidad, que es imposible que cõvenga a a los nietos, como es la de ser de *aquel presente matrimonio*, & quãdo sub tali qualitate vocantur filij non veniunt nepotes, Riminal. senior *cons.* 22. *num.* 4. *vol.* 1. Berous *cons.* 71. *num.* 28. *vol.* 1. Cardinal. Tusch. *tom.* 3. *lit. F. concl.* 376. *nu.* 38, Petrus Surd. *de alimentis q.* 36. *num.* 6. & *cons.* 403. *n.* 23. & *decis.* 73. *num.* 17. Malvasia *cons.* 22. *num.* 30. & 33. Fusar. *de substit. q.* 321. *num.* 25 & 27. Socinus senior *in l. Gallus, §. instituens in fine, ff. de lib. & posth.* Bene-

 di-

dictus Capra *conſ.* 18. Additionat ad Molin. *lib.* 1.*cap.*6. *num.* 29. *verſ ſed ſuperior*, Seſſe *d. deciſ.* 64. *nu.* 92. ibi: *& hoc indubitatum apud omnes est*, Cumanus *conſ.* 118. Grizadinus *conſ.* 34. *num.* 14. Rolandus *conſ.* 97. *nu.* 17. *vol.* 4. Tiberius Decianus *conſ.* 47. *num.* 15. Menoch. *conſ.* 215 *num.* 52. *& conſ.* 328. *num.* 14. *& conſ.* 886. *num.* 18. *& lib.* 4. *præſump.* 94. *nu.* 3. Craveta *conſ.* 98. *num.* 9. Cæphalus *conſ.* 607. *num* 61. *lib.* 4. Peregrin. *conſ.* 52. *num* 10. *lib.* 5. & alij ab eis relati.

415 La razon es evidente, porque ſi quando ſe llaman con eſta calidad los hijos, ſolamente ſe entendiera pueſta demonſtrative, & non reſtrictive, y ſe comprehendieran los nietos, ſerviria de viento la qualidad demonſtrativa, ſeria ſuperflua, y no obraria coſa alguna, quod non eſt dicendum, vt punctim tenent Decius *conſ.* 54. *num.* 32. Simon de Prætis *de interpret. vltim. volunt. fol.* 326. *num.* 46. Fuſar. *conſ.* 65. *num.* 9. Turretus *conſ.* 68. *num.* 28. *lib.* 2. Alexander *conſ.* 56. *nu.* 6. *lib.* 5. *& conſ.* 140. *num.* 3. *lib.* 6. Gamma *deciſ.* 160. *nu.* 8. *verſ. Non obſtat*, Capicius *deciſ.* 21. *num.* 9. Hieronym. Gabriel *conſ.* 121. *num.* 24. *lib.* 1. Albanus *conſ.* 60. *num.* 5. ex eo, quia qualitas quæ eſt in perſona vnius, & non in perſona alterius operatur, vt aliter de vno aliter de alio iudicetur, *l. is qui opem ff. de furtis*, & ſubiectum cui additur qualitas reſtringit, *l. ea tamen*, *& l. hoc legatum ff. de legatis* 3. latè Menoch. *conſ.* 29. *nu.* 30. *lib.* 2. Ioſeph de Ruſticis *in l. cum avus, lib.* 6. *cap.* 14. *num.* 14. *ff. de condit. & demonſtrat.*

416 Que la qualidad requiſita, *de ſalir los hijos de aquel preſente matrimonio*, no pueda convenir a los nietos, parece llano, porque eſtas palabras no ſe refieren ad factum naturæ, como ſi alias dixeran los contrayentes, y lla-

llamaran a los hijos, qui ex illorum corpore nascerentur, que en este caso, aun podia auer mas disputa: sino que se refieren *ad contractum illius matrimonij*, Covarrub. *de sponsalibus p. 2. cap. 1. in initio, num.* 3. & 4. Caldas Pereira *in l. si curatorem, verb. Læsis, nu.* 128. *C. de in integr. restit.* Gutierrez *de iurament. confirmat. p. 1. cap.* 51. *num.* 2. Matienzo *in l. fin. Glos. 6. num. 1. tit. 2. lib.* 5. *Novæ recopil.* y lo sintiò el motivo, apud Sesse *decis.* 363. *num.* 3. *in fine*, ibi; *Nam illud est verum, quando verba referuntur ad factum naturæ, non autem ad factum contractus*. Y mas con la restriccion, *al tiempo presente*, en que se contraxo aquel matrimonio, cuius designatio importat conditionem præcissam, *l. 4. §. fin. ff. de cond. & demonst. l. observare, §. post hac, ff. de officio Proconsulis*, Gamma *decis.* 337. *num.* 4. induce forma indispensable, Riminald. jun. *cons.* 8. *num.* 18. & *cons.* 100. *nu.* 33. & *seqq. lib.* 1. Menoch. *cons.* 117. *num.* 6. & *cons.* 152. *nu.* 41. & *cons.* 198. *num.* 9. Surdus *cons.* 236. *nu.* 13. & *nu.* 46. & *seqq.* & *cons.* 344. *num.* 3. se deve observar como lei, Rebuff. *in tract. nominat. q. 14. num.* 6. Cardosus *in praxi Iudic. & Advocator. verb. Tempus, num.* 1. y restriñe, y limita la disposicion, de tal manera, que no admite la comprehension de otro tiempo, Parisio *cons.* 92. *num.* 10. & *cons.* 20. *nu.* 15. *lib.* 3. Cæphalus *cons.* 269. *nu.* 29. *lib.* 2. Avendaño *in l. 40. Tauri, Glos.* 14. *n.* 10.

417 Y vltimamente, lo que sella este discurso es, vn argumento irrefragable: En esta escritura trata la parte contraria de inducir vn fideicomisso perpetuo, gravando a los hijos, a los nietos, a los bisnietos, y a todos los descendientes de Don Iuan el Segundo: En este caso assientan todos los DD. nemine discrepante, que los nietos no se comprehenden debaxo el nõbre de hijos: Luego,

go, ni en esta escritura se deven comprehender. La menor, en que està la dificultad, la pruevan infinitos, singularmente Gratiano *discept. Forens. tom. 4. cap. 765. n. 2.* ibi: *Maxime, quia hic agitur de inducẽdo fideicommisso, in quo tanquam oneroso appellatione filiorum non veniũt nepotes, nec ex proprio significatu, neque ex interpretatione in quacũque dispositione tã legis, quam hominis, cum aliud sit in excludendo fideicommisso in quo propter causam favorabilem venirent nepotes appellatione filiorum, Curtius senior cons. 45. Vbi quod hæc opinio nullum habet contra dictorem, Rolandus qui idem dicit cons. 43. num. 26. lib. 4. Decius cons. 218. in casu ad me transmisso col. 5. ante med. num. 12. Caphalus cons. 107. nu. 16. & 17. lib. 1. Berous cons. 122. col. 2. nu. 2. lib. 2. Socinus junior cons. 111. nu. 29. lib. 1. Molina de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 6. n. 27. Hondedeus cons. 60. n. 61. vsque ad 64. lib. 1. Quamvis simus in substitutione reciproca, quæ licet aliquo respectu sit favorabilis, tamen, quia etiam est onerosa facit, vt non veniant nepotes; idem Hõdedeus cons. 60. num. 71. lib. 1. Riminald. jun. cons. 75. num. 49 lib. 1. Albensis cons. 29. num. 12. Decius cons. 465. Perscrutatis num. 10.*

418 Quibus addendi Bart. & communiter repet. *in l. Gallus, §. instituens, ff de liber. & posth.* Tiraquel. *de primog. q. 40. num. 55. & 56.* Rusticis *in l. cum avus, lib. 6. cap. 14. num. 1. ff. de cond. & dem.* Petrus Surdus *de alimentis, tit. 9. q. 36. num. 1. cum seqq. & num. 13.* Fusarius *de substit. q. 319. num. 12.* Additionatores ad Molin. *lib. 1. cap. 6. num. 27.* Pelaez *de Maioratu, quæst. 15. num. 20.* Peregrin. *de fideicom. art. 22. num. 58. & cons. 41. num. 1.* Giurba *ad Constitut. Mesanenses, p. 1. Glos. 2. cap. 5. n. 10.* Ciriaco Nigro *lib. 1. controvers. 8. n. 68.*

los

los quales juntan a otros muchiſsimos, que pueden ſervir de copioſa alegacion. Y D. Seſſe *deciſ.* 64. *num.* 84. ibi: *At vbi ſimul cum favore filiorum concurreret gravamen alicuius per extẽſionem de perſona ad perſonam, tunc aliud dicendum eſt, ſcilicet non venire nepotes, vt in legatis, & fideicommiſsis, in quibus licet detur favor, datur etiam gravamen alterius per extenſionem ſi grauatus intelligatur dare, non ſolum filio, ſed nepoti, quo caſu ſecundum Manticam conveniunt omnes in hoc, quod nõ veniant nepotes, ad relevandum gravamen, & ita Caldas Pereira de poteſtate eligendi, cap.* 14. *num.* 14. *dicit, quod quando gravamen fideicommiſsi inſurgit tam contra filios, eo quod eſſent gravati reſtituere nepotibus, quã contra ipſos nepotes, eo, quod gravarentur alij reſtituere, tunc ad removendam extenſionem gravaminis non veniunt nepotes appellatione filiorum allegans pro ſe pluſquam viginti Doctores*; por eſta razon ſe mueven todos, quando dizen, que ſi ſe trata de inducir fideicomiſſo, non veniunt nepotes appellatione filiorum, porque prepondera el odio al favor.

419 Deſde el *nu.* 366. haſta el *num.* 372. conociendo la alegacion contraria la fuerça de eſtos argumentos, ſe acoge al teſtamento de Don Iuan Primero, llamado el Orador, y le copia de verbo ad verbum, ponderãdo, que aviendoſe hallado dicho Don Iuan Primero, y otorgado tambien antecedentemente eſta capitulacion matrimonial de Don Iuan el Segundo ſu hijo, pudo declarar el Orador en ſu teſtamento lo dudoſo de la capitulacion matrimonial de ſu hijo, y explicar, que aquellos bienes ſean no ſolo para los primeros hijos de aquel matrimonio, ſino para todos los deſcendientes in perpetuum: y q̃ aunque el dicho teſtamento padezca algun defecto de

ſo-

ſolemnidad, pero que la ha ſuplido el tiempo de mas de 140. años que ha que ſe otorgò, y que aunque fuera nulo, aprovecha para el fin de declarar otro inſtrumēto valido, y dudoſo, ſegun derecho, como lo es dicha capitulacion matrimonial: y que en dicho teſtamento no ay clauſula, ni conjectura de agnacion, ſi ſolo la de nombre y armas, la qual dize ſer mui debil, y eſtar mui deſtituida, y con eſto ſe remite a lo que ha dicho, impugnando las conjecturas de agnacion de la capitulacion de Don Luis Segundo.

420 Yo convengo con la parte contraria, en que el teſtamento del Orador valga, y quando no valiera, convengo tambien, en que con vna eſcritura invalida, y con vn inſtrumento nulo, ſe pueda declarar el valido, y dudoſo: y ſino fuera, porque en todo el contexto del teſtamēto del Orador, no ay palabras algunas que denoten el tracto explicito, y ſuccesſivo, ni diccion, ni ſilaba de perpetuidad, ni de Mayorazgo, ò vinculo perpetuo, ſi ſolas dos ſubſtituciones dentro de ſu linea recta, limitadas a los hijos de ſu hijo Don Iuan Segundo, tābien me ajuſtarà, y convendria con la contraria alegacion: Porque a mi parte le importa poco, y nada, que en dicho teſtamento del Orador aya vinculo perpetuo, gradual, y ſuccesſivo entre los deſcendientes varones de los que alli ſubſtituye.

421 Pero atendiendo ſolamēte a la verdad, y a la buena Iuriſprudencia, como aqui en eſte teſtamento, no ſe eſtablece Mayorazgo por modo de regla, ni el teſtador llama a todos ſus deſcendientes perpetuamente, de vno en otro, de mayor en mayor, ni la perpetuidad la requiere en el tracto ſuccesſivo, aunque alias en la vnion de los bienes la requiera, ſi ſolamente ſubſtituìa a los hijos de ſu

ſu hijo Don Iuan, y deſpues paſſa a ſubſtituir a las hijas de ſu hijo Don Iuan, y en falta de ellas a otras familias eſtrañas, ſin expreſſar la razon de prohibir el agenar los bienes, y ſin dezir, que lo haze a fin, de que ſe conſerven perpetuamente en ſu familia, lo qual fuera argumẽto de Mayorazgo: y en vnos caſos haze el fideicomiſſo electivo en otros, neceſſario, cõ tanta deſigualdad en las ſubſtituciones tan impropria, y tan agena de la naturaleza de los Mayorazgos regulares; con tantas dicciones reſtrictivas a los caſos eſpeciales que previene, que mirada cõ atencion ſu contextura, ſe hallarà no ſer facil, ſino mui dificultoſo, y impoſsible, que donde ſe ha de eſtar rigurosamente a la letra ſe imagine fundado vn Mayorazgo igual, vniforme, perpetuo, gradual, y ſucceſsivo, como lo es el regular.

422 Deſto ſe conoce manifieſtamente, que en eſte teſtamento no ſe ha fundado Mayorazgo perpetuo, y q̃ las ſubſtituciones no tranſcienden de las perſonas nombradas en èl, y expreſſamente llamadas, ſegun los DD. que juntan Petra *de fideicommiſ. q.* 9 *in principio*, Torniola *conſ.* 8. *num.* 63. Menochius *conſ.* 327. *nu.* 3. *&* 12. Azevedo *tit.* 7. *lib.* 5. *nouæ recopilat. num.* 20. Caſanate *conſ.* 4. *num.* 229. Seraphinus *deciſ.* 883. *nu.* 4. Riminaldus junior *conſ.* 531. *num.* 43. Caſtillo *lib.* 4. *controverſ. cap.* 45. *à num.* 1. Additionat. ad Molin. *lib.* 5. *cap.* 5. *num.* 22. Valenzuela *conſ.* 63. *nu.* 116. Tiraquel. *de Primogenijs q.* 40. *nu.* 160. Gratianus *diſcept. Forenſ. tom.* 3. *cap.* 456. *num.* 82. *&* 84. *& cap* 695. *num.* 4. *lib.* 4. Molina *de Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *nu.* 10. 19 *&* 20. Petr. Surd. *conſ.* 448. *nu.* 30. *vol.* 3. Tiber. Decian. *conſ.* 86. *nu.* 17. *vol.* 3. Fuſar. *de ſubſtit. q.* 480. *nu.* 29. Franc. Molina *de Ritu nuptiarum, lib.* 3. *cap.* 23. *n.* 28. y quãtos

tos tratan materias de Mayorazgos afsientan lo miſmo.

423 En lo que no me ajuſto, ni convengo con la contraria alegacion, es, en lo que dize, q̃ en eſte teſtamento no ay conjectura de agnacion, ſi ſolamente la del nõbre, y armas, la qual dize ſer mui debil, y deſtituida de autoridad, remitiendoſe a lo que ponderò acerca de la capitulacion de Don Luis Segundo; porque hablando deſte aſſerto teſtamento, dixo el motivo del Señor Reg. Seſſe *deciſ* 362. *nu.* 70. *in fine*, ibi: *Maxime enim cum in eo ſint coniecturæ agnationis, & fortiſsimæ quæ eã* (habla de Doña Eſtefania) *excluſiſſæ viderentur ſtantibus deſcendentibus maſculis ex ipſo Oratore.* Y en el *nu.* 78. *Cumque in teſtamento Avi Oratoris videatur expreſſa, & manifeſta agnatio, nihil prodeſt Marchionis hac re validatio.*

424 Fundòſe el motivo en grande razon, porque ſon muchiſsimas, y vrgentiſsimas las conjecturas de agnacion, que en eſte teſtamento ſe hallan, porque dado caſo, que en èl ſe huviera fundado Mayorazgo perpetuo, el ſer varon del renombre, agnacion, y apellido de Fernandez de Yxar; el que le fundò es conjectura; la calidad de bienes tan iluſtres, de que diſpuſo; el llamar a ſus hijos maſculos; el ponerlos en condicion; el excluir a los Religioſos, y en ſacros Ordenes conſtituidos: el querer que fuerã de legitimo matrimonio procreados; la prelacion de los varones a las hembras; el no mezclar en el llamamiento de ſus hijos hembra alguna; el gravamen de nombre, y armas, ſin mixtura alguna, que es otra circũſtancia mas vrgente, que haze clariſsima la voluntad del teſtador de aver contemplado ſu agnacion, y tenido ſingular afecto a los que con cadencia natural, y ſin artificio alguno, ni mixtura de otros nombres de familias eſtrañas, llevavan

el

el esclarecido de Fernandez de Yxar, los quales no podian ser otros que sus agnados: todas estas conjecturas se hallan aqui, las quales sobran para dezir, que està expressa, y manifiesta la agnacion, y son vrgentissimas, y admitidas de los DD. y recibidas de los Tribunales, como fundadas en razon natural, derecho divino, y possitivo, segun se ha fundado largamente en la primera parte de esta alegacion, discurriẽdo sigillatim, acerca de cada vna sobre la capitulacion matrimonial de Don Luis Segundo, a que me remito, ob vitandum vitium Battologiæ.

425 Y al menos, quando en este testamento no estuviera clara, y expressamente contemplada la agnacion del testador, sino q̃ fuera materia dudosa, no se nos puede negar, que Don Luis Primero, y Segundo, pudierõ en la capitulacion matrimonial de este, declarar el testamẽto del Orador, particularmẽte dandole facultad el Orador por su testamento a su nieto Don Luis Primero para que eligiera los masculos que devian suceder, como efectivamente se la dà en aquella clausula: *Et apres èl muerto, &c.* porque en esta facultad que le dâ de elegir està invisserada la facultad de declarar con la eleccion el modo successivo, *l. vnum ex familia*, §. *sed, & si fundũ, cum vulgatis, ff. de legatis* 2. D. Sesse *decis.* 55. *num.* 12. & *decis.* 387. *num.* 6. Fusar. *de substitut. q.* 511. Suelves *cons.* 27. *num.* 21. & 22. Additionat. ad Molin. *de Primog. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 10. Caldas Pereira *de potestate eligendi*, 3. *p. cap.* 16. *num.* 6. & 9. Mieres *de maioratu p.* 1. *q.* 71. *num.* 60. & 70. Peregrin. *de fideicom. art.* 32. *num.* 33, Y assi, aviendole dado el Orador, a su nieto Don Luis Primero, facultad de declarar su testamento, y el orden de suceder entre sus descendientes, pudo Don Luis Primero en la capitulacion de Don Luis Segundo su hi-

 jo,

jo, declarar; que los descendientes que avian de suceder, avian *de ser masculos de masculos*, ò agnados, que todo es vno, como se ha fundado; pues si vn instrumento nulo puede aprovechar para declarar otro instrumento valido, mucho mejor aprovecharà para su declaraciõ aquel de cuyo valor no se puede dudar, como es la capitulaciõ matrimonial de Don Luis Segundo: y assi esta capitulacion matrimonial de Don Iuan el Segundo, parece que se declara bien con el testamento del Orador, y con la capitulacion de Don Luis Primero, y Segundo, en cuyas escrituras declarantes ay tantas, y tan evidentes conjecturas de agnacion, juntas con la observancia subseguida, de aver sucedido siempre agnados en esta Casa, que no parece se puede dudar, ser este Mayorazgo agnaticio, atẽdiendo a todas estas escrituras.

§. VI.

DEL TITVLO QVARTO, Y CAPITVLAcion matrimonial de Don Iuan Tercero, y Doña Isabel de Arellano.

426 A Este titulo se ha respondido yà tan doctamente por los Advogados del Señor Conde de Belchite, q̃ me quedarà mui poco q̃ dezir, pues se ha fundado por mi parte con doctrinas en terminos, y puntualissimas, q̃ la palabra *Mayorazgo*, que se lee en esta escritura, no es dispositiva, sino enunciativa, que siendo sola esta mui despreciada, singularmente en los contractos, y en materias odiosas, como lo es esta, y estando enũciada incidenter, & propter aliud, el poderse entender limitado, que Don Luis Primero, padre de Don Iuan Tercero, se

ha-

hallò a otorgar esta capitulacion, y fue tambien el enunciante, y despues de averla otorgado, y muerto su hijo, en la capitulacion matrimonial de Don Luis Segundo, su nieto, funda Mayorazgo tan de proposito, que evidentemente se conoce, que se desengañò; de que no lo avia hasta entonces: y assi la enunciativa queda destruida con esta vehementissima presumpcion, como proferida con error, è ignorancia de hecho ageno, aut iuris intrincati, como mas largamente funda con su afluencia acostumbrada el Señor Leiza a *n.* 278. *usque ad* 609. y assi aqui solamente procurarè satisfacer a la contraria alegacion.

427 Y no obsta lo que dize *num.* 374. *pag.* 212. que ay provanza calificada en este processo de suceder por via de mayorazgo regular, en fuerça de possessiõ inmemorial centenaria, ò quadrigenaria, coadiuvada con repetidos instrumentos. Porque se responde, que la inmemorial que alegan, no la han provado como devian, ni la centenaria sola es bastante, como yà se ha fundado, de los titulos, que exhiben; el asserto testamento del Señalero es nulo, y quando no lo fuera, alli no ay Mayorazgo, y quando lo huviera, no es regular, sino qualificado con la qualidad de ser de *recta linea*, los que han de suceder, y no lo es el Señor Don Iaime, teniendo mi parte esta qualidad, que Don Luis Primero en la capitulacion matrimonial de Don Luis Segundo su nieto, lo pudo declarar, y declarò qualificado, y agnaticio, singularmẽte agregando otros bienes libres suyos: La capitulacion matrimonial de Don Iuan Segundo, y Doña Catalina Veamonte habla solamente de los hijos de aquel matrimonio, y no ay palabra en ella de Mayorazgo: El que se dize, que ay en el testamento del Orador, es agnaticio, y assi el estar aprovado en la capitulaciõ matrimonial de

Don

Don Luis Primero,con Doña Guiomar Enriquez,no le daña a mi parte , ſino que antes bien le favorece , como tambien el eſtar confirmado en el teſtamento de Don Iuan el Segundo.

428 Y es coſa digna de gravíſsima ponderacion,que deſde el Señor Rei Don Iaime el Conquiſtador , de glorioſa memoria, haſta que ſe ha incohado eſte pleito,ſiẽpre ha diſcurrido la ſuccesſion de eſtos Eſtados de agnado en agnado, ſin que ſe ſepa,y ſin que aya noticia,ni memoria,que en tiempo alguno aya ſucedido hembra , ni varon deſcendiente por hembra de eſta Caſa, antes bien conſta manifieſtamente de proceſſo , y confeſsion de la parte contraria hecha en èl,que los q̃ han ſucedido,ſiempre han ſido varones de varones deſcendientes por linea recta de Don Pedro el Señalero , y agnados ſuyos por mas de trecientos años , ſiempre, y continuamente, ſin que aya memoria en contrario de eſto ; y es de grande deſconſuelo a mi parte, que lo que no ha ſucedido en mas de trecientos años, como es el averſe mezclado en eſta ſuceſsion deſcendiente varon por hembra , aya de ſuceder aora,no aviendo eſcritura alguna,que poſsitivamente diga lo contrario.

429 Al menos , eſta obſervancia de tantos ſiglos que tiene mi parte a ſu favor , por ſer deſcendiente varon de varones por linea recta , y agnado de Don Pedro de Yxar el Señalero, no ha de ſervir ſi quiera para interpretar, y declarar todas eſtas eſcrituras? quando de ninguna dellas conſta claramente averſe fundado Mayorazgo con todas ſus quatro reglas,ni averſe llamado los deſcendientes por hembra? Parece,que aunque la obſervancia fuera de menos tiempo,era baſtante, D. Seſſe *deciſ. 90. num. fin. & deciſ. 91. num. 51. & deciſ. 391. num. 13.*

13. *& decis.* 347. *num.* 8. Casanate *cons.* 45. *num.* 144. Suelves *cons.* 2. *num.* 19. *& cons.* 67. *num.* 14. *in cent.* Castillo *tom.* 5. *cap.* 93. §. 7. *& tom.* 6. *cap.* 125. *in fine*, Molina *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 5. *nu.* 39. *& lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 57. vbi Additionatores *d. cap.* 6. *num.* 61. Valenzuela *cons.* 97. *num.* 204. Larrea *allegat.* 92. *num.* 11. *& decis.* 53. *nu.* 4. *&* 22. Salgado *de supplicat. ad Sanctissim. p.* 1. *cap.* 9. *num.* 11. Argelo *de adquir. poss. q.* 9. *art.* 1. *num.* 34. Solorzano *de iure Indiarum, lib.* 2. *cap.* 24. *nu.* 84. Tondut. *resolut. civil. cap.* 68. *n.* 7. Ciriaco *controvers.* 146. *num.* 53. *& controvers.* 460. *n.* 24.

430 Ni obsta lo que dize la alegacion contraria, *num.* 375. & 376. que las enunciativas in antiquis prueuan con todos los Autores que alli alega. Porque se responde, que no se niega, que las enunciativas prvevan in antiquis; y esto es lo que dizen los Autores que cita, y se podian traer en fomento desto otros muchissimos mas, y llenar muchas paginas, pero no es lo que se refuta.

431 Lo que se dize es, que esta enunciativa *de Mayorazgo*, està sola, y huerfana, y que vna enunciativa sola ni aun in antiquis prueva, Alex. *in l. Ex his, num.* 2. *C. de testam. milit.* Velasco *de iure emphiteutico, q.* 9. *num.* 24. Craveta *de antiquitate, p.* 1. *in princip. num.* 14. *&* 15. Hieronym. de Monte, *de finib. regund. cap.* 60. *nu.* 9. Mascard. *conclus.* 622. *num.* 18. Garcia *de Benefic. p.* 7. *cap.* 15. *num.* 34. *& p.* 12. *cap.* 2. *num.* 259. Puteus *decis.* 209. *lib.* 2. Rota *decis.* 185. *& decis.* 388. *num.* 1. *& seqq. p.* 1. Cardinal. Tusch. *in practicis lit. S. conclus.* 81. *n.* 94. Noguerol. *allegat.* 25. *n.* 258. Escobar Accorro *de puritate p.* 1. *q.* 15. §. 3. *num.* 57. Pareja *de instrum. edit. tit.* 7. *resolut.* 9. *num.* 64. *& seqq. tom.* 2. que es el lugar mas copioso, y en donde mas exactamente disputa

de las palabras enunciativas, y no donde le cita la alegacion contraria.

432 La razon fundamental la trae Noguerol. *alleg. 25. num. 259.* ibi: *Et ratio horum est, quia ex instrumentis antiquis aliquid enunciātibus inducitur fama, Bart. Bald. Albericus, & cæteri DD. in l. cum aliquis, C. de iure deliberan. At vero dubitari non potest eam non probari ex depositione vnius testis super ea concludenter deponentis; A fortiori ergo probari non debet ex vnico instrumento, vel ex pluribus ab eisdem partibus emanatis, vt arguunt prædicti Doctores in l. cum aliquis, C. de iure deliberandi, Socinus senior cons. 194. nu. 9. vers. Quod dicitur, lib. 2. Menochius cons. 409. num. 9. & 10. lib. 5. Farinacius decis. 160. num. 6. vbi de verbis enunciativis in antiquis, quod non probent si in vnico instrumento fiat enunciatio, & decis. 163. num. 2. Qui loquitur de diversis enunciativis antiquis vltra cursum centum annorum quæ emanarunt à diversis scripturis, & ait quod resultat probatio famæ, & decis. 169. n. 2. vbi quod vnica enunciativa in antiquis, nihil probat, & decis. 202. n. 1. & decis. 211. num. 1. & decis. 295. nu. 7. vbi de pluribus enunciativis ab eisdem personis emanatis, quod nihil probent, & decis. 312. num. 6. & decis. 478. nu. 1. & decis. 541. n. 3. p. 1. in recent. vbi hæc conclusio latè comprobatur Mantica decis. 88. num. 4. Rota decis. 84. num. 4 Vbi de duabus enunciativis accedentibus pluribus instrumentis, in quibus enunciativa refertur, & decis. 366. num. 5. Vbi de enunciativa vnici instrumenti, quod etiam in antiquis, nihil probet tomo vnico diversorum ædito, anno 1636. seu tom. 5. in recent. Idem tradit Trentacinq. d. resolut. 2. num. 74. Genua d. lib. 2. de verbis enunciativis, cap. 1. num. 64. & 65. Ex quibus hæc communis, & vera resolutio.*

433 Ni obsta lo que se dize, de estar adminiculada esta enunciativa con otros instrumẽtos antiguos, que disponen lo que esta enuncia, y con la observancia subseguida. Porque se responde, que la observancia està a nuestro fauor, como poco ha ponderava, y assi no solamente no es adminiculo de la enunciativa, ò pretension de la parte contraria, sino que la destruye: los instrumentos antiguos, ni disponen, ni enuncian Mayorazgo regular; y si alguno disponen, ò enuncian, es agnaticio, y qualificado, como se ha visto.

434 Y esta asserta enunciativa es informe, è imperfecta, y no es de aquellas que junta con otras provarian in antiquis, porque a mas de ser dicha incidenter, & propter aliud: se disputa de ipsa re enunciata, que es vno de los casos, en que no pruevan. Optime Hector Capicio Latro *decis.* 143. *lib.* 2. *nu.* 9. *cum seqq.* ibi: *Nam respectu declarationis factæ in compromisso fuit enunciativa inter alios contrahentes, ad alium finem prolata, & proinde quando postmodum constat de veritate verba enunciativa non præiudicant Ancharran. cons.* 291. *nu.* 2. *vers. his non obstat, & est textus in l. ex his, C. de milit. testam. Clement.* 1. *de probat. Nec verba enunciativa incidenter prolata probant Alex. cons.* 190. *num.* 31. *vol.* 6. *Decius in d l. Ex his, num.* 8. *Corneus cons.* 260. *vol.* 3. *num.* 10. *Maxime quando specialiter disputatur de ipsa re enunciata, nõ autem de validitate actus, in quo fit enunciatio Decius cons.* 539. *& cons.* 309 *num.* 4. *in fine, &* 348. *in fine Annellus Amatus cons.* 7. *n.* 26. *Nicolaus Genua de verbis enunciativis post tract. de scriptura privata, lib.* 1. *q.* 4. *num.* 3. *vbi alios aducit.* Lo que especialmente se disputa en este processo es, si ay fundado Mayorazgo regular para la sucession destos bienes:

Luc-

Luego disputandose del asserto Mayorazgo regular no puede provarlo la asserta enunciativa, assi por esto, como por ser imperfecta por las demas razones.

435 Los adminiculos, quando son in suo genero perfectos, obran todos juntos, lo que no podria cada vno de por si, *l. spadonem*, §. *qui iura, ff de excusat. tutor. cap. causamque de probationibus cum vulgatis*: Pero quando son in suo genere imperfectos, y viciosos, no pruevan, aunque concurran cien mil, §. *ex eo solo instit. Quibus mod. testament. infirmentur*, Abbas *cons.* 16. *in fine, lib.* 1. Alexander *cons.* 150. *num.* 26. *& seqq. lib.* 9. Thobias Nonius *in rubrica instit. de obligat. num.* 25. Menoch. *de præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 39. *num.* 6. Angelus Aretinus *cons.* 36. Craveta *cons.* 377. *n.* 26. Cardin. Tuschus *practicar. conclus. tom.* 7. *lit. S. conclus.* 276. *num.* 8. *&* 10. Luego no teniendo la asserta enunciativa los requisitos necessarios, que deve tener conforme à derecho, y siendo imperfectos como lo son los otros adminiculos, que en su fomento se alegan, no puede provar cosa alguno: En quanto a lo demas, me remito a lo que se ha dicho en la primera alegacion escrita por mi parte sobre este punto.

§. VII.

DEL TITVLO QVINTO, Y SENTENCIA arbitral que se diò entre Don Luis de Yxar el Primero, de vna parte: Y de la otra, Doña Catalina Veamonte su madre, a 7. de Febrero de 1488.

436 ESta escritura es de menos fundamẽto para el intento que se trae a processo, porque solo dizen los Arbitros: *Que les avia constado, que aquellos bienes esta-*

estavan vinculados a Don Luis de Yxar como a hijo primogenito de la Casa de Yxar, assi por los capitulos matrimoniales de los Duques, como por testamentos, y otras escrituras antiguas. Pues los Arbitros, ni podian vincular, ni era esto lo que se comprometia; y dezir, que le pertenecian como a hijo primogenito no concluye, ni aun leviter persuade el Mayorazgo regular, porque podian estar vinculados a D. Luis, como a Primogenito de tal padre, y de tal matrimonio cõ restriccion, ò como a Primogenito masculo, y agnado: En los capitulos de D. Iuã el Segundo, su padre, si a ellos se refiere, no ay vinculo perpetuo, ni Mayorazgo, ni sombra dello: Las escrituras antiguas, a que se refiere no se vèn, ni se lee en ellas la forma especifica de los vinculos, y el relato es general, y vago, ni consta dèl: Ni los Arbitros dixeron, que les constava, que estavan vinculados para Don Luis, y todos sus descendientes perpetuamente: Podian estarlo para Don Luis, y no para sus descendientes; y tambien para sus descendientes, sin clausulas de perpetuidad, ni de Mayorazgo regular: Ni los Arbitros tuvieron potestad de vincularlos, ni Don Luis voluntad de loar vna cosa tan agena de lo que litigava con su madre, como se ha fundado todo esto largamẽte en la primera alegacion escrita por mi parte, desde el *num.* 609. hasta el 628. Aora veamos lo que dize la alegacion contraria.

437 En el *num.* 381. dize, que pues los Arbitros adjudican estos bienes como vinculados, en fuerça del cõpromis, aunque no conste de sus palabras, siendo tan antiguo, parece que se prueva averse comprometido sobre la sucession de estos bienes, y assi no es la sentencia q̃ pronuncian extra metas compromissi, porque aunque no conste dèl, in antiquis, basta el referẽte, segun Pareja, Castillo, Escobar, Censalio, y otros.

438 Pe-

438 Pero esto no obsta; porque, ò estavan vinculados estos bienes al tiempo del compromis? O no lo estavan? Si estavan yà antecedẽtemente vinculados, el compromis, y la sentencia fue todo nulo, porque sobre bienes vinculados, y de Mayorazgo, no se puede comprometer, *l. non solum, C. de Prædijs minorum, cap. cum tẽpore de Arbitris, Socin. cons.* 87. *num.* 9 *lib.* 3. Decius *cons.* 39. *num.* 4. *&* *cons.* 44. *num.* 1. *&* 5. Capicius *decis.* 93. *num.* 3. *&* 4. Pinelus *in l.* 1. *p.* 3. *num.* 44. *C. de bon. mat.* Parisius *cons.* 85. *num.* 15. *lib.* 3. Afflictis *decis.* 138. *num.* 2. Molin. *de Primogen. lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 8. *& seqq.* Anton. Gomez. *in l.* 40. *Tauri num.* 86. Mieres *de maioratu* 4. *p. q.* 22. *per totam*, Gamma *decis.* 151. Peregrin. *de fideicom. art.* 52. *num.* 83. Addit. ad Molin. *d. lib.* 4. *cap.* 9. *ad num.* 2. Y lo prueva in sui ratione el Fuero *vnico, tit. Facultad à los Duques de Villahermosa para comprometer del año* 1646. & est elegans, quod ipse Molina *in Præfatione ad suum tract. de Hispan Primogen. num.* 10. inquit: *Quod si litigatores assiduis litibus ac expensis, continuisque rixis, ac contentionibus ex eisdem ortis, defesi, velint etiam Regia interveniente facultate arbitrio, seu transactione ipsa iurgia dirimere, eis accidere id solet, quod cum Hydra decertantibus in Lærna Palude accidebat, cui vno excisso capite, statim plura alia suppululabant: Litesque suprimere intendentes, novas, ac longe maiores controversias exsuscitant, ita, vt iam eo deventum sit, vt prope nulla in rebus maioratus sit stabilis concordia, aut non litibus subiecta compositio.*

439 Sino estavan vinculados al tiempo del compromis, los Arbitros no los vincularon, sino que se refirierõ a los vinculos de las escrituras antiguas, en q̃ se engañaron manifiestamente, suponiendo, como suponemos, que no avia vinculo alguno, pues libremente comprometieron

ron

ron las partes,y consiguientemente estos bienes estavan libres;y asi la sentencia arbitral mejor prueva que los bienes estuvieran libres,que no vinculados,pues estando vinculados, no pudieran las partes comprometer sobre la sucessión: Y vltimamente,què derecho provable podia tener Doña Catalina Veamonte a la succession de estos bienes,que le obligara a comprometer sobre ella? parece que ninguno:porque aũque fuera regular el Mayorazgo que se huuiera fundado para los descendientes de la Casa de Yxar,no se sabe que Doña Catalina Veamonte tuviera sangre de Yxar, ni derecho provable a la succession de estos bienes:Luego el compromis, ni fue, ni pudo ser sobre la sucession, como dize la alegacion contraria;y asi la sentencia, respecto de dezir, que estan vinculados,es extra metas compromissi.

440 Ni obsta lo que se dize en los *num.* 382.383. y 384. de la contraria alegacion,de que en la sentencia arbitral ai palabras assertivas,y narrativas de vinculo,aunque no dispositivas,y que las palabras assertivas pruevan y mas quando expressamente se loha la sentẽcia, porque el hecho de los Arbitros,es hecho de las partes,y aunque no dispongan las palabras narrativas, ni prueven in vim sententiæ, por lo menos in vim pacti,y a perjuizio suyo, y de sus successores deven tener efecto, segun Portoles, Bardaxi, Sesse,y otros que cita singularmẽte in antiquis.

441 Porque se responde, que aunque todo esto se le concediera a la parte contraria, lo mas que puede inferir de aqui es, que la sentencia prueva que ai vinculo a favor de Don Luis:Y con esto no tiene nada: Porq̃ mientras no se prueve con la sentencia que avia vinculos, no solamente a favor de Don Luis, sino de todos sus descẽdientes legitimos, y que estuvieran llamados de vno en

otro,

otro, de mayor en mayor,perpetuamente , y por via de Mayorazgo regular no puede fundar ſu intento:La ſentencia no dize que eſtuvieran vinculados los bienes para Don Luis,y ſus deſcendientes perpetuamẽte,y de mayor en mayor:ni deſto ay palabras algunas aſſertivas, ni enunciativas:Luego el que prueven las palabras aſſertivas,y que el hecho de los Arbitros,ſea hecho de las partes,y que dichas , palabras ayan de tener efecto in vim pacti,importa poco,y nada para el caſo preſente.

442 Ni conſta,que genero de vinculo ſea eſte , ſi es cõdicional,ſi es abſoluto,temporal,perpetuo, limitado, mas,ò menos comprehenſivo, ſi es reſtrictivo a ciertos caſos,ni conſta,què caſos ſean,ni què perſonas eſten cõtempladas en èl,ſi es qualificado, ò agnaticio, ni ſe ſaben las qualidades diverſas que puede tener,ni las caducidades a que puede eſtar ſugeto,ni las circunſtancias que requieren.Ni ſe ſabe ſi es el dicho vinculo activo, ò paſsivo: ſino que antes bien las palabras aſſertivas de dicha ſentencia componen vn referente, cuyo relato, a mas de no parecer,ni conſtar dèl,es vago incierto, dudoſo, grauoſo, y odioſiſsimo: Y en eſte caſo, ſi las palabras aſſertivas,y relativas no ſon claras,ſino que eſtan ſugetas a dudas,y equivocaciones, y ſu ſentido, no es abierto , de tal manera,que ſin genero de duda , y con toda claridad ſe explique el concepto del referente, quanto quiere antiguas que ſean no pruevan coſa alguna,ni ſon de conſideracion, Aimon Craveta *de antiquit.tempor. p.* 1.*ſect. ampliatur nunc, num.* 26. Garcia *de benefic. p.* 12. *cap.* 2. *num.* 255. Rota *diverſorum deciſ.* 168. *nu.* 9. *p.* 1. Ioan. Baptiſt.Coccinus *deciſ.* 180. *num.* 6. Eſcobar *de puritate, p.* 1. *q.* 15. §. 3. *num.* 55. Pareja *de inſtrument. adit.* 2. *tom. tit.* 7. *reſolut.* 9. *num.* 64. Menoch. *conſ.* 191. *n.* 86.

86. *& conſ.* 81. *num.* 23. *& conſ.* 260. *num.* 11. Phanut. *conſ.* 96. *num.* 8. Aponte *conſ.* 30. *n.* 14. *&* 15. *& conſ.* 95. *num.* 14. Brunor à Sole *q.* 22. *nu.* 63. Cornazan. *deciſ. Lucenſi* 212. *num.* 8. Oſaſchus *deciſ.* 76. *n.* 12. Sfortia *conſ.* 64. *num.* 2. Surdus *conſ.* 5. *n.* 16. Carolus Bardellonus *conſ.* 49. *nu.* 10. *& conſ.* 54. *n.* 16. *vol.* 1.

443 Ni obſta el dezir, que dichas palabras aſſertivas, ò enunciativas eſtàn proferidas per modum cauſæ, y en materia q̃ las partes comprometientes podian diſponer, y en que intervino juramento, ſegun lo pondera la alegacion contraria *num.* 385. Porque ſe reſponde, que aunque el hecho de los Arbitros ſea hecho de las partes: Pero lo que conſta a los Arbitros, ò dizen que les conſta per modum cauſæ impulſive, no es lo que conſta a las partes: Porque vna coſa es dezir las partes comprometientes, damos por hecho lo que los Arbitros hizieren, ò huvieren hecho; que eſto ſolamẽte es lo que obra la loacion, *l.* 1. *ff. de tranſact. l. ſi cum dies,* §. *plenam, ff. de receptis arbitris,* Baldus *conſ.* 191. *num.* 3. *vol.* 3. Rolandus *conſ.* 28. *num.* 37. *volum.* 4. Socin. jun. *conſ.* 63. *nu.* 6. *vol.* 1. *& conſ.* 66. *num.* 8. Romanus *conſ.* 108. *nu.* 1. *& conſ.* 155. *num.* 2. Otra coſa es dezir las noticias que los Arbitros tuvieron, y lo que les pareciò, y ſe les antojò para arbitrar ex bono, & æquo, eſſas miſmas noticias tuvieron las partes, y acerca dellas comprometieron; porque ſiendo, como eran, coſa tan agena del cõpromis, no pudo la lohacion caer ſobre aquellas noticias extrinſecas, ni ſobre lo que no ſe comprometiò *cap. pervenit, & cap. cum dilectus de arbitris, l. Non diſtinguemus,* §. *de officio, ff. de recept. Arbitr.* Curtius jun. *in l. cum quidam, n.* 15. *verſ. Octavus caſus, ff. ſi certum petatur,* Angel. *conſ.* 218. *num.* 8. Tiber. Decianus *conſ.* 56. *num.* 5. *&* 18.

Marcus Anton. Eugeni, *conſ.* 13. *num.* 31. *lib.* 1. Valenzuela *conſ.* 11. *n.* 32. Cardoſus *in praxi iudic. verb. Arbitramentum, n.* 3. Camillus Borrellus *in ſumma omn. deciſ. tit* 63. *n.* 293. Noviſsime Fermoſinus *in cap. cum dilectus, num.* 3. *de Arbitris.*

444 Ni obſta, que valga in vim pacti lo pronunciado por los Arbitros fuera de lo comprehendido, yà que no valga in vim ſententiæ: Porque ſe reſponde, que eſſo pudiera proceder en otros caſos ad finem agendi via ordinaria, como explican Decio *conſ.* 499. *num.* 14. Aretin. *conſ.* 56. *col.* 1. *in fine*: Pero no ad agendum via executiva, como es la que ſe lleva en eſte proceſſo de lite pendẽte, Portol. ad Molin. *in verb. Arbiter, num.* 33. Bardaxi *in For.* 1. *num.* 2. *in fine de Arbitris*, D. Seſſe *de inhibi. cap.* 4. §. 2. *n.* 41. *fol.* 266. quibus iungendi Afflictis *deciſ.* 117. *num.* 6. Surdus *deciſ.* 52. *num.* 22. Magonius *deciſ.* 48. *num.* 17. Barzis *deciſ.* 112. *à nu.* 10. Marc. Anton. de Ammatis *deciſ.* 58. *num.* 18.

445 A mas de que los arbitros, ſi entendieron, que eſtavan vinculados perpetuamente los bienes, erraron in iure; porque en los capitulos matrimoniales de los Señores Duques, ni en otras eſcrituras algunas antiguas, no huvo conforme a derecho ningun vinculo perpetuo, ni Mayorazgo regular, como ſe ha viſto en lo que ſe ha diſcurrido haſta aora, y aſsi ſus palabras aſſertivas, ò enunciativas de vinculo, no ſon de conſideracion: Vt pũctim Mieres *de maioratu*, 2. *p. q.* 5. *nu.* 66. Valenzuela *conſ.* 11. *n.* 32. Tiber. Decian. *conſ.* 10. *nu.* 88. & 89. Hieronym. de Leon *deciſ.* 209. *n.* 60. & 61. y eſte error ſe prueva, y manifieſta ex duplici capite; Primo ex iuris præſumptione, por la qual, los bienes ſe preſumen libres de vinculo, mientras cierta, y expreſſamente no ſe prueve lo

con-

contrario, *ex l. Titia, §. Caius, l. huius, ff. de legatis* 2. & Fusar. *q.* 191. *& q.* 615. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 67. Castillo *lib.* 4. *cap.* 9. & diximus supra *num.* 395. Secundo ex rimatione Processus, porque en todo èl no se hallarà escritura, que claramente contenga vinculo perpetuo hasta la capitulacion matrimonial de Don Luis Segundo; y lo dixo el motivo, apud D. Sesse *decis.* 362. *nu.* 69. ibi: *Et hoc innuunt sententiæ quædam Arbitrales asseverantes bona libera devenisse in Ludovicum primum.*

446 Ni obsta lo que dize la alegacion contraria, *n.* 386. que en esta sentencia arbitral, ai lohacion, y aprovacion de su Magestad, que a mas de inducir vehemente presumpcion de ser los bienes vinculados con regresso a la corona Real. Estas clausulas de la sentencia censentur emanasse ab ipso Principe, ac si ipse Princeps illas apposuisset, y que en este caso, por ser estas palabras assertivas, ò enunciativas del Principe pruevan con mas seguridad el Mayorazgo.

447 Porque se responde, que siempre, y quando el Principe apreva alguna transaccion, ò concordia hecha sobre bienes de Mayorazgo, lo haze aquello, y se presume hazerlo, salvo iure partium, vt tenent Isernia *in cap. Imperialem, num.* 11. *de probibit. feudorum alienat.* per Federicum, vbi Camerarius *fol.* 79. *col.* 4. Paris de Puteo *de reintegra feudali, cap.* 267. Freccia *de subfeud. lib.* 2. *q.* 29. *num.* 3. Contardus *in l. vnica, C. si de momenta. possess. limit.* 258. *num.* 47. Franchis *decis.* 540. *num.* 9. *&* 10. Velasco *de partit. cap.* 13. *num.* 70. Larata *cons.* 43. *num.* 3. Additionat. ad Molin. *lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 32. *&* 33. Manent. *decis.* 7. *num.* 50. *vsque ad finem*, Novar. *lib.* 1. *Forens. q.* 38. *num.* 12. *vers. Nec obstat:* y assi qualesquiere excepciones que se pueden oponer contra

tra

tra la transaccion, ò concordia hecha sin lohacion del Principe, se pueden oponer, aunque el Principe la lohe, y la aprueve, Peregrinus *de fideicommiss. art.* 51. *num.* 89. Montanus *in cap. Imperialem in princip. num.* 53. *fol.* 37. porque la autoridad del Principe no puede mudar la calidad, y naturaleza del contracto, Riccius *in praxi p.* 1. *decis.* 55. Franchis *d. decis.* 540. *num.* 10. Additionator ad Molin. *d. lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 32. *&* 33.

448 Es la razon llana, porque suponiendo, como supone la parte contraria, que estos bienes estavan vinculados, es cierto, que qualesquiere successores que fueran quanto quiere remotos, tenian derecho adquirido a la sucession, Molina *de Primog. lib.* 4. *cap.* 2. *nu.* 73. *& seqq.* Marta *de successione lega. p.* 1. *q.* 11. *art.* 4. *nu.* 8. Peregrin. *de fideicom. art.* 51. *à num.* 43. Perez de Lara *de vita hominis cap.* 16. *num.* 54. Anton. de Amat. *resolut.* 30. *num.* 15. Franciscus Molin. *de ritu Nuptiarum, lib.* 3. *q.* 8. *num.* 29. Fontanella *de pactis, p.* 1. *clausula* 4. *Glos.* 9. *num.* 9. *num.* 5. Additionator ad Molin. *d. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 73. y el Principe, nec de plenitudine potestatis, puede quitar a nadie el derecho adquirido, *l. rescripta, C. de precibus imper. offer.* Anton. Gabriel *de iure quæsito non tollendo, concl.* 1. Surdus *cons.* 210. *num.* 63. *lib.* 2. Cancer *variar. resolut. p.* 3. *cap.* 5. *num.* 29. Ozascus *cons.* 68. *num.* 48. Gutierrez *cons.* 11. *num.* 18. Verallus *decis.* 55. *alias* 23. *p.* 2. Valenzuela *cons.* 166. *num.* 91. *tom.* 2. Alvarus Velascus *consult.* 72. *num.* 13. *&* 21. Ramirez *de lege Regia*, §. 30. *num.* 49. Y assi la aprovacion del Principe, ni pudo vincular los bienes, si no lo estavan, ni quitar el yerro, y engaño que tuvieron los Arbitros, en creer que estavan vinculados, ni alterar, ò mudar lo que la sentencia de su naturaleza podia te-

ner, y lo que ataja el discurso todo, que en este pũto haze la alegacion contraria, es dezir, que quãto quiere que aqui por esta sentencia Arbitral se pruevc, que estàn vinculados estos bienes a Don Luis, no prueva que estàn vinculados para sus descendientes in perpetuum, como se ha ponderado.

§. VIII.

DEL TITVLO SEXTO, Y PRIVILEGIO DE *Duque de Yxar; que alcançò Don Iuan de Yxar el Segundo, del Señor Rei Don Fernando el Catolico el año 1486.*

449 ESte titulo de Duque de Yxar, quidquid sit, de la question, si induce vinculo, y Mayorazgo perpetuo? pues yà se há fundado bastantemente por mi parte, q̃ no es argumento de Mayorazgo perpetuo, ni induce especie de servidumbre en los descendientes de esta casa, yà porque lo erigido en la dignidad solamente, es la Villa de Yxar, y su Castillo, y no los otros bienes: yà, porque respeto de los Lugares sea divisible: O yà, porq̃ la ereccion fue real, accidente del territorio, y accessoria de la persona que fuere su verdadero dueño, como se ha provado doctissimamente en la alegacion primera que se escriviò en este processo por mi parte.

450 Lo que aora he de fundar es, que no solamente este titulo no es contra la pretension de mi parte, sino que en tanto grado es verdad, que le favorece, que por èl se manifiesta, que esta merced que su Magestad del Serenissimo Señor Rei Don Fernando el Catolico hizo a D. Iuã de Yxar fue a fin, y efecto, de que la dignidad de Duque de Yxar la tuuieran los herederos agnados de dicho

Don Iuan: y por el consiguiente, que su real volũtad fue que fuera Duque de Yxar, como varon agnado descendiente por recta linea masculina de dicho Don Iuan el Ilustrissimo Señor Don Pedro Luis Fernandez de Yxar Conde de Belchite, en quien propriamente concuerda el nombre, y apellido con el titulo, y la dignidad.

451 Para lo qual supongo: lo primero, aquellas palabras del Privilegio, ibi: *Ad honorem, itaque vestri dicti Nobilis Ioannis de Yxar, & Egregiæ domus vestræ, &c.* en donde su Magestad claramente dize, que a honra de Don Iuan, y de su Casa de Yxar, concede la merced, y titulo de Duque: Esto es, a fin, y efecto que la Casa de Yxar tenga, possea, y goze dicho titulo, porque la diccion *Ad*, puesta en el Prohemio del Privilegio, ò concession, denotat causam finalem, Menochius *cons.* 352. *num.* 1. & 2. Socinus junior *cons.* 48. *nu.* 2. *vol.* 3. Mandosius *in reg.* 34 *Cancellariæ, quæst.* 66. *num.* 35. Gonzalez *in reg.* 8. *Glos.* 12. §. 1. *num.* 30. Cenedo *singulari* 49. *nu.* 8. Barbos. *dictione* 6. *num.* 6.

452 Esto supuesto, parece llano, que el Señor Rei concede el titulo a fin, de que le gozen los agnados de Don Iuan de Yxar, porque estando concedido a fin, de que le goze la Casa de Yxar, es lo mismo, que si expressamente huviera dicho su Magestad en su Privilegio, que le concedia *ad honorem Egregiæ agnationis vestræ*; esto es, a fin, de que el titulo de Duque de Yxar lo tengan vuestros agnados, nam appellatione *Domus*, venit *agnatio, cap.* 1. *de Schismaticis in* 6. ibi: *Domus de Columna.* Bald. *per tex. ibi in l.* 1. *C. Ne liceat potent.* Ruinus *cons.* 110. *num.* 14. & *cons.* 161. *nu.* 4. *lib.* 2. Gozadinus *cons.* 45. *num.* 9. Socinus junior *cons.* 94. *n.* 9. *lib.* 1. & *cons.* 103. *num.* 2. & 19. *lib.* 2. Riminald. jun. *cons.* 835. *n.* 25.

&

& seqq. lib. 7. *Alex. cons.* 213. *num.* 3. *&* 4. *lib.* 6. Ancharranus *cons.* 152. *nu.* 5. *&* 6. Rochus de Curte *de iure Patronat. verbo Ipse, vel is, n.* 74. Craveta *cons.* 800. *num.* 5. Menoch. *cons.* 4. *num.* 14. *&* 15. *& cons.* 75. *num.* 1. *& cons.* 633. *num.* 2. *& cons.* 1171. *num.* 2. *&* 3. en donde dize, quod domus, seu de domo, & de agnatione sunt synonyma, *& de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 88. *num.* 12. Peregrin. *de fideicom. art.* 22. *num.* 27. Cavalcanus *decis.* 102. *num.* 1. *p.* 3. Surdus *cons.* 297. *nu.* 17. Mantica *de coniect. lib.* 8. *tit.* 12. *nu.* 11. Simon de Prætis *de interpret. vltim. volunt. fol.* 289. *num.* 22. y otros infinitos lo dan esto mismo por assentado, quos cumulant, & sequntur Barbos. *Appellativo* 81. *à nu.* 1. *& seqq.* Gratian. *discept. Forens. tom.* 2. *cap.* 218. *num.* 15. Intrigliol. *de substit. cent.* 3. *q.* 83. *num.* 12. Fusar. *de substit. quæst.* 361. *num.* 1.

453 Prosigue el Privilegio, confirmando esto mismo, con otras palabras, que mas claramente demuestran esta razon, y causa final de honrar la agnacion de Don Iuan de Yxar, y dize: *Et, vt cognomen vestrum de Yxar, non disonet, sed concordet eius nomini Ducatus, &c.* en donde la diccion *vt*, como puesta tambiẽ en el Proemio, denota proprissimamente la causa final, *l. si creditor, ff. de distract. pignor. l. emptori, ff. de evictionibus, l.* 4. *ff. de testibus, l. in lege cẽsoria* 203. *vers. Omnes denique, ff. de verb. significat. cap. vt Clericorum de vita, & honesta. Cleric. cap. vt debitus honor de appellat. Clement.* 1. *de re iudicata, Clement. vt hi qui*, vbi Cardin. *notab.* 1. *de ætate, & qualitate ordin.* Bald. *cons.* 106. *num.* 3. *lib.* 1. Bertachin. *in repertorio, verb.* Vt, Mandosius *in reg.* 33. *q.* 1. *num.* 3. Barbos. *dictione* 439. *nu.* 1. Sesse *decis.* 131. *num.* 21. y importa modo, induce precissa obligacion de

obſervarſe, y condicion reſolutiva del Privilegio, en caſo de no obſervarſe, *l. 1. & l. 2. C. de donat. quæ ſub modo, l. demonſtratio falſa, §. vltim. ff. de condit. & demonſtra.* Alexand. *conſ.* 119. *num.* 1. *vol.* 1. *& conſ.* 102. *num.* 2. *col.* 2. *vol.* 1. Pariſ. *conſ.* 19. *num.* 250. *vol.* 2. Nevizanus *conſ.* 49. *num.* 19 *&* 20. Natta *conſ.* 373. *num.* 26. *cum ſeqq.* Cenedo *ſingul.* 20. *num.* 6. Molina *de primog. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 40. *& cap.* 15. *num.* 28. Menoch. *lib.* 4. *præſumpt.* 146. *n.* 5. Seſſe *d. num.* 21.

454 Aora veamos eſta cauſa final, eſte modo, eſta condicion reſolutiva, y eſtas palabras: *Et, vt cognomen veſtrum de Yxar non diſonet, ſed concordet eius nomini Ducatus*, como ſe cumplen, como ſe obſervan, y como ſe verifican en la perſona del Excelentiſsimo Señor *Don Iaime Sarmiento*: Parece, que no es poſsible el verificarſe ſino en los agnados de Don Iuan de Yxar el Segundo, y en los que propriamente, y ſin artificio llevan el nombre de Yxar, pues en aquellos concuerda, y no es diſonãte el titulo de Duque de Yxar con ſu nombre: Porque en los que llevã el nombre de familia agena, y de agnacion eſtraña el titulo es diſcorde, y diſonante: Luego eſte titulo, y privilegio no eſtà concedido a los que llevan otro nombre que el de *Yxar*, ſino a los que propriamente lo llevan como el Señor D. Pedro Luis de Yxar mi parte.

455 Siempre, y quando ſe le concede a vno vn Privilegio, *y a los de ſu nombre, y apellido*, ſe entiende concedido a ſus agnados, es celebre el *conſ.* 125. *de Alexandro num.* 3. *lib.* 7. ibi: *Conſtat autem, quod quoad honores non veniunt deſcendentes per lineam fœmeninam, ſed per maſculinam, l. liberos, ff. de Senatoribus, l. exemplo, C. de Decurionibus, lib.* 10. *& l.* 1. *ff. ad Municipalem, l. cũ legitime, ff. de ſtatu hominum: Ergo ſi dictæ mulieres de-*

no-

nominantur de Gherucijs, vt est dictum, sequitur quod ipse sunt per lineam masculinam illorum de Gherucijs: bene facit ad prædicta, quoniam videmus, quod si conceditur aliquid his, qui sunt de nomine tuo, intelligitur, id est, de familia tua, vt est Glos. not. in l. is qui cum plures, in verb. Nomine suo, ff. de legatis 3. & ibi Bartol. sed appellatione familiæ tuæ non veniunt illi, qui tibi coniunguntur per lineam fœmeninam, l. familiæ, §. 1. ff. de verb. significat. Ergo, &c.

456 Siguenle Barbos. *appellatiuo* 165. *num.* 4. Cardinal. Tusch *practicar. conclus.* to. 2. *lit. D. conclus.* 220. *num.* 10. quia appellatione *nominis alicuius*, continetur ipsius *agnatio, l. Pater filium, §. fundum, ff. de legatis* 3. *vbi Glos. verb. Nomine, l. cum ita, §. in fideicommisso, ff. de legatis* 2. *Glos. verbi Nomine suo, in l. qui plures* 15. *ff. de legatis* 3. Natta *cons.* 675. *num.* 3. *lib.* 4. Bertrandus *cons.* 15. *num.* 48. & *cons.* 30. *nu.* 1. *lib.* 1. Rolandus *cons.* 110. *num.* 114. & *cons.* 24. *num.* 25. *lib.* 2. & *cons.* 70. *num.* 25. & *seq. vol.* 3. Mieres *de maioratu p.* 2. *q.* 6. *num.* 390. & 391. & 424. *cum seqq.* Peralta *in d. l. cum ita, §. in fideicommisso nu.* 17. *ff. de legatis* 2. Geronimo de Leon *decis. Valentiæ* 170. *à nu.* 1. *vsque ad* 9. en donde dize, que es lo mismo exprimere ne prædium de *nomine suo*, exeat, quod exprimere de *agnatione sua*, quia appellatione *nominis* continetur agnatio; y dize averse juzgado assi muchissimas vezes en el Consejo Real de Valencia, Thesaurus *decis.* 270. *à num.* 1. *ad* 33 & *decis.* 188. *num.* 11. Franciscus de Ponte *cons.* 4. *n.* 35. Mantica *de coniectur. lib.* 6. *tit.* 15. *per totum*, Hyppolit. Riminald. *cons.* 21. *num.* 28. & *cons.* 23. *num.* 86. *vol.* 1. Menochius *cons.* 117. *num.* 22. & 23. Casanate *cons.* 20. *num.* 28. & 29. Ioseph Ramonio *cons.* 15. *num.* 21. y con-

conduce lo que avemos dicho *supra in* 1. *p.* §. 13. *coniectura* 12. *à num.* 48. *ad num.* 51. cum alijs quam plurimis quos ibi cumulavimus.

457 Qualquiere de estas dos circunstancias, que se han ponderado, es bastante para creer, que este Privilegio està concedido a la agnacion de Yxar, pues concediendose a los de la *Casa de Yxar*, se dize estar expressamente concedido a los de su agnacion, y esto bastava, segun lo que se ha fundado; pero no se contentò con esto su Magestad en el Privilegio, sino que lo repitiò, y se explicò mas, diziendo, que le concedia, *para que concordara el nombre con el titulo.* Y tambien esto, vnicamente bastava, pues fue dezir, y suponer, que quien llevara el nõbre, y fuera de la agnacion de Yxar, avia de gozar del titulo, in privilegijs enim non solum verba, sed potius mẽtem concedentis attendere debemus, *cap. Quanto* 26. *vbi Glos. verb. Sola, de Privilegijs*, cum alijs vulgatis congestis, ibi à Barbos. *in collectan. ad illum text. à n.* 2. y quando fuera esta materia conjectural, que no lo parece por ser de letra clara, y conforme a la observancia de estar a la carta, y a la regla de atender el tenor literal del Privilegio, iuxta text. *in cap. Porro, & cap. recepimus, de privileg.* & Surdus *cons.* 1. *à num.* 31. Estas dos circunstancias, son dos conjecturas literales, y dos testigos concluyentes, que fundan la intencion de mi parte plenissimamente, & contra producentẽ: singularmente aviendo se observado desde q̃ se cõcediò este Privilegio hasta que se incohò este pleito con la inteligencia que he ponderado, pues siempre han gozado el titulo de Duque, varones agnados, descendientes por recta linea masculina del que alcançò esta merced, y jamàs le hã gozado varones cognados, ò descendientes por hembra; De la fuerça de cuya

obſervancia interpretativa,y quan poderoſa ſea, yà ſe ha dicho baſtantemente.

§. IX.

DEL TITVTO SEPTIMO, Y CONCORDIA de Don Juan Segundo, y Don Luis Primero con Doña Guiomar Enriquez, otorgada el año 1465. *con intervencion de la Señora Reina Doña Juana.*

458 EN eſta aſſerta eſcritura que ſe halla copiada en el Sumario *pag.* 12. pone la parte contraria ſu mayor esfuerço,diziendo,que Dõ Luis Primero,a quien hazemos ſeñor libre,jurò de no cõtravenir a los capitulos de eſta eſcritura,por la qual trata D.IuanSegundo ſu padre de hazerle donacion a èl, y a ſus deſcendientes de vno en otro de eſtos bienes;y aſsi ſe dize,que por eſta eſcritura ſe fundò Mayorazgo regular,y ſe perjudicò Don Luis Primero, loandola de tal manera, que no pudo alterar eſteMayorazgo regular,haziendole agnaticio,ò de ſimple maſculinidad en los capitulos matrimoniales de Don Luis Segundo ſu nieto.

459 Haſe reſpondido en la primera alegacion, que ſe eſcriviò por mi parte en eſte proceſſo exactamente, y con bien ſolidos fundamentos, que por la lohacion de eſta concordia,y juramento que Don Luis hizo, no renunciò tacita,ni expreſſamente el derecho que tenia por los capitulos matrimoniales de ſu padreDon Iuan Segũdo,en los quales Don Iuan Primero ſu abuelo, llamado el Orador,le diò eſtos bienes ,vinculandolos ſolamente a favor de los hijos de aquel matrimonio,del qual naciò Don Luis primero : y aſsi ignorando, que antecedentemen-

mente tenia derecho adquirido, no pudo perjudicarse Don Luis, ni por la renunciacion, que es de interpretacion estrecha, ni por el juramento, que es accessorio de la lohacion, pues solamente confirma lo que se trata, y no puede estender el consentimiento à lo que, ni sabe, ni piensa, porque falta a la voluntad el sugeto, y al juramento la materia.

460 Veamos aora, què es lo que se adelanta en este punto Dize la alegacion contraria en el *num*. 399. que por esta escritura, mas se induce consentimiento de añadir gravamen al fideicomisso, que renunciacion, puesto que Don Iuan Segundo le haze dueño a D. Luis Primero de lo que avia de restituirle, imponiendo vinculo para sus descendientes, y q̃ en este caso, el que consiente, se perjudica, segun Fusár. *q*. 570. *n*. 4. *&* 8. *&* *q*. 593. *nu*. 26. Peregrin. *de fideicom. art*. 40. *difficul*. 3. *num*. 88.

461 Se responde, que el derecho que tenia Don Luis Primero a la sucesion de estos bienes, por los capitulos matrimoniales de su padre D. Iuan Segundo, era cierto, claro, irrevocable, libre de vinculo alguno, sin sugeciō, ni gravamē de restituirlos a nadie, sino cō libre, y amplissima facultad de disponer dellos, y agenarlos en quien le pareciera: y le era de tan grande importancia a Dō Luis Primero, el derecho de poder disponer a su mera, y libre voluntad, y alvedrio de estos bienes, quanto le era de grā de detrimento, y gravissimo perjuizio el entender, que en estos tratados de la Señora Reina Doña Iuana se huviera fundado Mayorazgo regular, y perpetuo, y que por la lohacion de estos tratados se hallarà Don Luis privado de la libertad de poder disponer de vn derecho, que con ignorancia suya se le avia adquirido, y fuera tan mal logrado, que se hallàra despojado dèl antes que supiera,

y tu-

y tuviera noticia, de q̃ le pertenecia, y con las manos atadas para no poder aumentar con vn Mayorazgo tan lucido el lustre de su agnacion, y el esplendor de su familia. Este derecho de libertad tan considerable que Don Luis tenia, no solamente no se puede fundar en Fusario, y Peregrino, que renunciò Don Luis ignorandolo, sino q̃ de su doctrina misma, y de la de otros infinitos se convence, que la pretensa renunciacion no puede caer sobre sugeto.

462 Fusario en la *quæst.* 593. *per totam*: y en la *quæst.* 594. *à num.* 1. *cum seqq. & num.* 20. y en la *quæst.* 595. *per totam.* Y Peregrino *de fideicommiss. art.* 52. *num.* 22. *in fine, & cons.* 52. *num.* 21. *& seqq. & cons.* 56. *num.* 5. *lib.* 5. lo asientan por constante, suponen por cierto, y pruevan con textos clarissimos, ser necessaria en el renũciante la esciencia individual del derecho renunciado cõ tanto numero de DD. q̃ por aliviar el trabajo del que leyere esta alegacion, se omiten; pues sirve de copiosa cita la remission a estos lugares.

463 En el *nu.* 400. cita, y pondera la alegacion contraria vna decision de Boerio 204 *num.* 33. que si V.S. la mira con la atencion que acostumbra, hallarà, que favorece nuestro intento, y que segun ella, aunque Don Luis Primero estuviera gravado por esta Concordia a favor de sus descendientes, pudo declararse en la capitulacion matrimonial de Don Luis Segundo su nieto, y llamar a sus descendientes masculos de masculos; esto es, a sus agnados, como yà se ha fundado arriba en el *nu.* 387. hasta el *num.* 392. con Tiberio Deciano *cons.* 7. *lib.* 1. Fontanella *de pactis claus.* 4. *Glos.* 5. *num.* 11. *&* 12. *& decis.* 72. *num.* 9. *tom.* 1. Mieres *de maioratu, p.* 1. *q.* 44. *n.* 16. Additionat. ad Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 8. *nu.* 38.

 y otros

y otros muchiſsimos que alli ſe han citado, y dizen, que la palabra general *deſcendientes*, la puede declarar el ſucceſſor del Mayorazgo a favor de ſus deſcendientes maſculos, y agnados.

464 En el *nu.* 401. dize, que refiriendoſe eſta Concordia al teſtamento del Orador, y explicando eſte el derecho, que D. Luis Primero tenia por la capitulacion de Navarra, no parece ſe puede alegar ignorancia de dicho derecho. Se reſponde, que eſta es vna de las razones mas fuertes que pruevan el averſe preſervado D. Luis Primero, por eſta Concordia, el derecho que tenia de llamar a la ſuceſsion a ſus deſcēdientes agnados: porque refiriendoſe eſta Concordia al teſtamento del Orador, que vale para declarar otras eſcrituras, como confieſſa la parte contraria; aviendoſe fundado en dicho teſtamento relato de eſta Concordia vn vinculo agnaticio, como lo dixo el motivo apud Seſſe *deciſ.* 362. *num.* 70. y ſe ha diſcurrido arriba deſde el *num.* 419. buena conſequencia ſerà, de que en eſta eſcritura referente ſe halla aquel vinculo con todas ſus qualidades de agnatitio ex reg. relatum eſt in referente, &c.

465 En el *num.* 402. quiere inducir la alegacion contraria vna ſciencia preſumptiva del derecho de libertad que D. Luis Primero tenia en la diſpoſicion de eſtos bienes por la capitulacion de Navarra, diziendo, que la ſciencia del hecho de dicha capitulaciō, fue notable, grave, y de perſonas nobles. A que ſe reſponde con Fuſario, *q.* 594. *n.* 21. ibi: *Nec ſufficeret præſumpta ſcientia teſtamenti, & fideicommiſsi ad inducendum renunciationem fideicommiſsi Doctores communiter in l. qui Romæ, §. duo fratres, ſuper* 3. *q Bart. ff. de verb. oblig. Iaſſon in l. de his, num.* 15. *ff. de tranſact. Ripa reſp.* 23. *num.* 36. *C. de iure* em-

emphitheutico, vbi scribit hanc esse receptam opinionem. Cœphal. cons. 253. num. 10. Menoch. cons. 87. num. 50. & seqq. & cons. 323. num. 28. & seqq. & cons. 476. n. 20. & seqq. Peregrin de fideicom. art. 52. nu. 22. in fine, Octav. decis. Pedemont. 112. num. 20. Cæsar. Barzis decis. Bonon. 96. num. 14. & seqq. Quinimo, nec generalis scientia sufficeret, requiritur enim specialis scientia testamenti, & contentorum in eo, con Beroio, Craveta, Marzario, Menochio, Peregrino, Simon de Pretis, Costa, y otros.

466 Desde el *nu.* 403. hasta el *nu.* 407. dize la alegacion contraria, que aunque huviera ignorancia, hallãdose palabras generales en esta Concordia, por las quales prometen los que la tratan de no cõtravenir a ella en alguna manera directa, ni indirectamente, se entiende renũciado el derecho ignorado. A que se responde, q̃ los mayores Tribunales del Orbe han juzgado lo contrario.

467 En Napoles, en el Sacro, y Real Consejo Colateral, apud Hector Capic. Latro *decis.* 2. la qual abraçò el motivo que discurre *num.* 40. ibi: *Tertio dicebatur in renunciatione quamvis generali non censeri renunciatum fideicommisso conditionali, maxime quando de dicto fideicommisso nõ præcessit certificatio devebat enim certificari specificè renuncians per text. apertum in l. de his, vbi omnes fere DD. ff. de transact. quod satis docte exornat Sfortia Odd. in repet. l. Qui Romæ, §. duo fratres, q. 4. Præsertim quando tempore celebrati contractus fideicommissi non fuit præsens, vt tradit idem Sfortia Odd. q. 3. n. 87. & 88. non enim præsumitur quis velle renunciare fideicommisso, de quo notitiam non habebat, vt fundat idem Oddus in d. rep. q. 2. art. 5. ex dispositione textus in d. l. de his, & num. 55. ampliat etiam in fideicom-*

mis-

missis iam purificatis , etiam quod esset facta mentio de fideicommisso in genere,licet non in specie,& etiam si addessent verba importantia iura de futuro,& de novo supervenientia,vt fundat num. 61. *cum pluribus seqq. & similiter si addesset iuramentum,quia cum nõ fuerit certificatus deficit consensus,quo casu non obest iuramentũ.*

468 Angelo Gizzio en la obsservancion a *dd.decis.* 2. *nu.* 22. dà la razon, ibi:*Renunciari minime potest dispositioni text.in l. de his, ff. de transact. cum sit facta ob publicam vtilitatem ; vt innuit D. meus num.* 45. *quod comprobat D. Merlinus alios adducens, cap.* 61. *nu.* 10. *centur.* 2. *controv. Forens. ex ratione adducta num.* 11. *nam publicus in ea versatur favor , vt deficientium voluntates exequtioni demandantur,l.vel negare, ff. Quem admod. testam.aper.vel ob aliam rationem quam ibidem addit, cum sint inducta in odium ocultantium testamenta licet ipse teneat maiorem rationem illam esseque desumitur ex l. Regia* 1. *tit.* 2. *p.* 6. *Quia scilicet nondũ vissis tabulis testamenti solet veritas ignorari,ideoque facile transigentes decipiuntur, vt traddit nu.* 13. *quare specialis, ac individua scientia requiritur contentorum in testamento,nam nec generalis sufficit.*

469 En la Sacra Rota,apud Farinac. *decis.* 662. *n.* 3. *p.* 2. & apud Ludovis. *decis.* 15. *num.* 7. *& decis.* 139. *n.* 5. 14. *&* 16. & apud Seraphin. *decis.* 972. *num.* 17. En el Piamonte apud Thesaur. *decis.* 222. & Osasch. *decis.* 4. *num.* 6. En Sicilia apud Giurbam *decis.* 42. *num.* 28. En el Senado de Mantua Surdo *cons.* 37. *n.* 15. *& cons.* 150. *num.* 45. *& cons.* 418. *num.* 25. En Saboya apud Anto. Fabrum *lib.* 5. *C. tit.* 9. *definit.* 10. En el Senado de Luca, apud Iosephum Ludovicum *decis.* 5. *nu.* 73. En Bolonia apud Petrum Benitendi *decis.* 72. *num.* 6. *p.* 1. *divers.*

verſ. En el Conſejo Real de Valencia, apud Hieronym. de Leon *deciſ.* 169. *à num.* 12. En Cataluña ſe juzgò ſeis vezes en aquel Conſejo Real, apud Fontanellam *deciſ.* 395. *& deciſ.* 396. *& deciſ.* 397. *& deciſ.* 398. *vbi num.* 28. *tom.* 2. & apud Peguerain *deciſ.* 148. *to.* 9. & Ramonam *conſ.* 28. *n.* 31. En eſta Real Audiencia de Aragon, apud Caſanate *conſ.* 43. *n.* 35 *& ſeq.* cuyas razones abraçò el motivo poſt *conſ.* 44 *pag.* 595. *verſ. Falſiſſimum tamẽ eſſe credimus, per præfatũ Privilegium renunciatũ fuiſſe, &c.* Y en eſta Corte ſe pronũciò aſsi el año 1596. *in Proceſſu Eleonoris Lorens ſuper emparamẽto cenſualiũ*, apud D. Seſſe *deciſ.* 405. *n.* 55 *ad* 59. *& n. fin. to.* 4.

470 En el *num.* 407. dize la alegacion contraria, que Don Luis hizo la aſſerta renũciacion de ſu derecho con la clauſula *ex certa ſcientia*, la qual tiene fuerça de eſpecial expreſsion. Pero ſe reſponde; que Don Luis no renunciò con la clauſula *ex certa ſcientia*, coſa alguna, ni dicha clauſula ſe halla junta con palabra alguna de renunciacion; y aun quando ſe hallàra, dixo Fuſario *de ſubſtit. q.* 594. *num.* 6. *&* 7. *Quinimo non ſufficit renunciantem audiviſſe legi verba teſtamenti, niſi etiam intellexerit vim verborum, & ipſum fuiſſe vocatum ex illo fideicommiſſo, Angel. in d. l. de his, Barbatia conſ.* 55. *num.* 13. *lib.* 2. *Silvanus conſ.* 49. *num.* 52. *quos refert Peregrin. d. conſ.* 52. *num.* 27. *lib.* 5. *Nec ad ſuſtinendam renunciationem ſufficit clauſula, quod renunciant deliberate, & ex certa ſcientia, & non per errorem Pariſius poſt alios conſ.* 12. 81. *& ſeqq. lib.* 2. *Cephalus conſ.* 620. *num.* 55. *lib.* 4. *Menoch. conſ.* 436 *num.* 33. *lib.* 5. *& conſ.* 707. *num.* 20. *lib.* 8. *vbi addit Ruin. conſ.* 107. *num.* 6. *lib.* 2. *& Portium conſ.* 135. *num.* 20. *Et ratio eſt, quia vt teneat renunciatio requiritur vera, & certa*

 ſcien-

scientia, vt etiam infra dicetur. Y en los *num.* 21. y 22. y en la question siguiente confirma lo mismo.

471 En los *num.* 408. y 409. dize la alegacion contraria, que la renunciacion hecha con juramento, se estiende à lo ignorado, segun la mas comũ opinion, y que Franc. Molina *de ritu nuptiarum lib.* 3. *q.* 14. *num.* 44. que dixo, y llevò lo contrario, habla en caso que no huvo renunciacion. Pero se responde, que la opinion contraria, es la mas segura, como fundada en textos, y razones clarissimas de las quales, la principal es, que donde ai ignorancia, ò error, aunque intervenga el juramento, no aprovecha, porque falta el consentimiento del que jura, y no se estiende a lo ignorado; y assi tampoco el juramẽto son textos puntualissimos la *l. fin. ff. de constituta pecunia,* y la *l. fin. C. de non numerata pecunia,* y assi la dan por constante esta opinion Angel. *cons.* 84. Alciato *in cap. cum contingat de iure iurando,* Rolandus *cons.* 13. *n.* 27. Parisius *cons.* 11. *in fine, & cons.* 12. *lib.* 2. en donde dize ser esta la comun opinion, Cacheran. *decis. Pedem.* 112. *num.* 8. en donde tambien dize ser esta la opinion mas comun, Socinus sen. *cons.* 203. *lib.* 3. *& cons.* 214. *num.* 6. *lib.* 2. Nevizan. *cons.* 32. *num.* 16. Simon de Prætis *cons.* 137. *num.* 14. *lib.* 1. vbi testatur etiam de magis, ac magis communi Beccius *cons.* 111. *nu.* 34. Rimin. jun. *cons.* 670. *n.* 21. *lib.* 8. *& lib.* 5. *præsumpt.* 115. *num.* 25. Tiraquel. *in l. si vnquam nu.* 101. *C. de revoc. donat. Cæphal. cons.* 326. *n.* 6. *lib.* 3. Craveta *cons.* 144. *num.* 16. *&* 19. Peregrin. *de fideicom. art.* 52. *num.* 49. Fusarius *q.* 594. *num.* 10. *&* 11. ibi: *Iuramentum enim non alterat dispositionem, sed solum addit robur actui, & supplet defectus in forma non autem supplet consensum, nec extendit consensum ad non cogitata, vnde iuramen-*

tum super ignoratis interpositum non nocet ex defectu cõsensus. Y fue doctrina original del Maestro Bartulo *in l.* 4. §. *quæsitum, ff. si quis cautionibus*, a quien sigue el mayor numero de DD. que haze esta opinion mas frequente, mas comun, y aplaudida. El motivo patente de Molina *de ritu Nuptiarum, lib.* 3. *q.* 14. *num.* 54. no puede ser mas puntual, porque asi como en aquellos capitulos matrimoniales, no ai palabra de renunciacion, y el juramento no obra cosa vltra consensum iurantis, asi tampoco en estos tratados de Concordia.

472 Desde el *num.* 410. hasta el *num.* 416. dize la alegacion contraria, que las decisiones de Fontanella alegadas por mi parte 395. 396. 397. y 398. y otras que refiere alli el mismo Fõtanela, hablan en diferentes terminos del nuestro, pues en ellas no se halla la clausula ex certa sciẽtia, ni aprovacion, ni juramẽto geminado, ni clausulas generales: y q̃ lo cõtrario a dichas decisiones, se ha decidido en el mismo Senado de Cataluña, apud ipsum Fõtanellam *de pactis claus.* 4. *Glos.* 28. *num* 40. *& decis.* 395. *num.* 33. *& decis.* 510. *nu.* 27. *& decis.* 418. *& decis.* 570. *num.* 21. *& decis.* 569. *num.* 6.

473 Porque se responde, que en las decisiones de Fontanela, que se alegã por mi parte, en mas fuertes terminos que los de nuestro caso, se resolviò contra la renunciacion, porque alli el renunciante tuvo noticia de muchas cosas de las contenidas en el instrumento de dõde le pertenecia el derecho que se pretendia renunciado, y en el acto de la renunciacion hizo expressa mẽcion de dicho instrumento; y a mas de esso avia otros testigos q̃ deposavan de diferentes adminiculos de la esciencia del derecho renunciado, como consta de *d. decis.* 395. *à nu.* 26. *vsque ad* 29. En nuestro caso no consta, que D. Luis

Pri-

Primero tuviera noticia de lo contenido en la capitulacion de Don Iuan Segundo su padre, hecha en Navarra, ni del derecho de libertad, que por ella le pertenecia, antes bien Don Iuan Segundo su padre, se lo calla al tiempo de otorgar, ò lohar esta asserta Concordia, y assi como cosa de hecho ageno, la ignorava justamente Don Luis Primero, ex regula iuris clara *in cap. ignorantia, & cap. præsumitur de reg. iur. in* 6. Giurba *decis.* 42. *n* 31.

474 Y pudiendose verificar, y referir la clausula, *ex certa scientia*, a otros capitulos de dicha Concordia, q̃ podian, y no eran tan odiosos como la pretensa renunciacion, en los quales podia obrar la lohacion de Don Luis Primero, sin el riesgo de hazerse grave perjuizio, ò injusticia, se deve referir, y entender solamente respecto de dichos capitulos que estuvieren expressados, Alexan. *cons.* 39 *num.* 10. *vol.* 4. *& cons.* 56. *num.* 8. *lib.* 1. Aviles *in cap.* 17. *Prætorum, verb. Prover. num.* 7. Cabedo *decis.* 3. *num.* 5. *p.* 2. Rota *decis.* 11. *num.* 3. *p.* 2. *recent.* Barbos. *claus.* 59. *nu.* 53. *&* 54. *per text. in cap.* 1. *vers. Nec constitutione*, & ibi Abbas, & communiter DD. de his quæ fiunt à maiore parte capituli, *& in cap.* 1. *de iure iurando in* 6. y no respecto de la pretensa renunciacion, que no està expressada. Optime, & punctim Surdus *cons.* 47. *num.* 19. *& seqq.* Cardin. Tuscli. *tom.* 1. *lit. C. conclus.* 340. *num.* 40. Barbos. *d. claus.* 59. *n.* 49. Rolandus *cons.* 29. *num.* 32. *& seqq. lib.* 1. Parisius *cons.* 33. *nu.* 53. *lib.* 3 Gutierrez *de iuram. confirmat. p.* 1. *cap.* 38. *num.* 6. Rota *decis.* 780. *num.* 6. *p.* 1. *diversorum.*

475 Los capitulos q̃ en esta Concordia estàn expressados a los quales se puede, y deve referir la clausula ex certa scientia, y la lohacion de D. Luis Primero, son; el uno, que dicho Don Luis se casse con Doña Guiomar Enriquez;

quez; El segundo, que le assegure a dicha Doña Guiomar quinze mil florines: El tercero, que dicho Don Luis se huviera de desposar con dicha Doña Guiomar dentro de 50. dias, contaderos desde el dia que se testificaran estos capitulos: El quarto, que huviera de tener a *Urrea de Yxar*, libre para la sustentacion de su Estado, y muerta su Abuela Doña Timbor de Cabrera la Varonia de *Belchite*, desamparando a Vrrea.

476 Esto es en sustancia lo que Don Luis Primero lohò con la clausula, *ex certa scientia*; y asi como la renunciacion, siempre y quando se puede verificar en otro derecho que en el fideicomisso condicional, se ha de restriñir, y no se ha de estender al fideicomisso condicional ignorado, ex Decio *cons.* 405. *num.* 18. Crotus *cons.* 335. *num.* 11. *lib.* 3. Gozadinus *cons.* 45. *nu.* 18. Gratus *cons.* 22. *num.* 16. *&* 17. *lib.* 1. Curtius jun. *cons.* 23. Ruinus *cons.* 144. *num.* 19. *&* *cons.* 152. *num.* 8. *lib.* 2. *&* *cons.* 92. *num.* 23. *lib.* 3. Parisius *cons.* 61. *num.* 70. *&* *cons.* 91. *num.* 15. *lib.* 3. Albanus *cons.* 74. *nu.* 7. *lib.* 1. Tiber. Decian. *cons.* 3. *n.* 113. *&* 121. *&* *cons.* 52. *nu.* 6. *lib.* 1. Beccius *cons.* 111. *num.* 26. Cæphalus *cons.* 84. *num.* 9. *lib.* 1. *&* *cons.* 454. *num.* 8. *lib.* 3. Petra *de fideicom.* *q.* 14. *nu.* 63. *&* *seqq.* Menoch. *præsumpt.* 115. *num.* 37. *lib.* 3. Peregrin. *de fideicomm.* *art.* 52. *num.* 32. Vincent. Fusar. *de substitut.* *q.* 193. *nu.* 111. ibi: *Quod si renunciatio, quæ respicit iura futura potest verificari in alio iure quam fideicommissi conditionalis fideicommissum non censebitur remissum, Bart. in d. §. duo fratres, & ibi Aretinus col.* 12. *in fine, Alex. nu.* 36. *Iasson n.* 69. *& Ripa nu.* 77. *qui testantur de communi opinione.* Y en el *nu.* 112. despues de aver rechazado la opinion contraria, dize: *Sed à prima sententia non erit recedendum, renunciatio enim*

 stri-

stricte est interpretanda, & quando potest operari aliquid præter renunciationem fideicommissi conditionalis nõ debet trahi ad remissionem fideicommissi, vt sæpissimè scribũt Doctores in d. §. duo fratres, & alibi omnes, qui tractant hanc materiam. De la misma manera, la presente lohacion, con la clausula, *ex certa scientia*, pudiendose verificar en dichos capitulos, no se deve traer, ni estẽder al derecho de libertad, y fideicomisso ignorado.

477 Que en las decisiones de Fontanela, que se alegan por mi parte, interviniera juramento, no es dudable, como se puede vèr en la *decis.* 397. *per totam*, en donde responde largamente a la fuerça del juramento, y funda, quod non extenditur ad incogitata con Surdo, Craveta, Gutierrez, Seraphino, Gratiano, Mainardo, Ludovisio, Thesauro, Peguera, Giurba, y otros muchissimos, y dize, que es cosa ridicula, el pensar, que con el juramento se prueva, y suple la ciencia, *n.* 1. ibi: *Si de iuramento quærimus ad probandam scientiam, ridiculum est dicere ex eo probari, sed immo semper ignorantia remanet, vbi à principio aderat quantumvis cum iuramento renunciatio concipiatur.* Y prosigue, fundandolo latissimamente.

478 Que en dichas decisiones de Fontanela huviera clausulas mui preñadas, y generalissimas, tambien es innegable, porque en la hipotesi, y figuracion del hecho que propone Fontanela *decis.* 395. *num.* 4. & 5. que es el sugeto de todas aquellas decisiones siguientes, se hizo la renunciacion con estas formales, y amplissimas palabras: *Totam partem, & totum ius, & quidquid, & quantum partis, & iuris, ac omnia iura, omnesque actiones, questiones, petitiones, & demandas mihi competentia, & competentes, competereque deventia, & deventes, nunc, & in futurum in hæreditate, & bonis vestris, tam videli-*

cet ratione legitime meæ paternæ, quæ mihi iure naturæ debetur, quam alijs quibuscumque rationibus, sive causis. Todo esto es lo que renunciò con juramento, y con presumpcion de la ciencia del derecho renunciado, pues se acordò, è hizo mencion en este acto de renunciacion de lo contenido en la escritura, de donde le nacia el derecho que se pretendia renunciado, y no podian ser mas generales, y comprehensivas las clausulas que estas, y no obstãte esso, se juzgò seis vezes en aquel gravissimo Tribunal contra la pretensa renunciacion del derecho ignorado, y hizo aquella notable exclamacion Fontanela en la *decis.* 398. *num.* 28. *Sileant iam nunc advocatorum voces in materia ista, & contremiscant, tam iteratam tanti Senatus authoritatem, &c.*

479 La *decis.* de Fontanela 418. que exadverso se alega, nos favorece, vt videre est à *n.* 2. *ad* 11. en la *decis.* 570. *num.* 21. no fue la question, si el derecho ignorado se entiende renunciado por la general renunciacion: sino la disputa fue a favor de quien se entendia hecha dicha renunciacion, y assi no es aplicable aquella decision a nuestro caso, como tampoco lo es la *decis.* 569. que trata la misma materia que la siguiente, in quibus de renũciatione iuris ignorati, nec verbum vllum. En la 510. no ay palabra de renunciacion, ni se trata cosa alguna tocãte a esta materia, deve de ser error de Imprenta. La *decis.* 395. *n.* 33. es la misma que cita Fontanela en la *clausul.* 4. *Glos.* 28. *num.* 40. Se responde a ella, que seis vezes se juzgò lo contrario, y siempre fue Fontanela de parecer q̃ no se comprehendia el derecho ignorado, fundadose en las razones evidentissimas que alli trae, *vbi d. decis.* 395. *num.* 19. despues de aver referido las razones contrarias, dize: *In suma ex his quæ isti Doctores tradunt eradica-*

tur

tur omnis omnino inter scientiam, & ignorantiam, quæ debet esse in omni materia distinctio, & differentia, si verba transactionum, renunciationum, & conventionũ sunt tam generalia, & universalia qualia hic considerantur. Non potest quidquam mundo contingere deterius quam ignorantes non distingui à sapientibus, sed ambos eadem fortuna commitetur: Vtinam nõ ita practicaretur nimis, melius rebus publicis foret, melius omnia peragerentur.

480 En la *decis.* 401. *num.* 27. de Fontanela se decidiò contra las resoluciones de los Doctores tan vrgẽtes, como pondera alli Fontanela, y de las palabras que copia la alegacion contraria *à nu.* 27. se dexa vn periodo, ibi: *Hunc habuit causa successum quem ego non sperabam sed est credendum melius iudicatum quam à me cogitatum ob Senatus authoritatem. Sed in præcedentibus ea etiam intercedebat.* De que se infiere, que en las decisiones de Fontanela, que se alegan por mi parte concurrieron mas vrgentes circunstãcias que las de nuestro caso, que persuadian averse renunciado el derecho ignorado, y no obstante ellas se decidiò seis vezes contra la pretensa renũciacion: Y en suma reconocidas las decisiones, que exadverso se alegã, no se hallarà decidido en los mismos terminos por la renũciacion si solas tres vezes: y no son de menos autoridad las seis decisiones del Senado de Cataluña, q̃ las tres, si no de mayor, asi por el numero, como por las razones, y el apoyo de vn Autor tã grave como Fontanela.

481 Desde el *num.* 416. hasta el *num.* 420. insiste, y pondera las palabras generales de la loacion de esta Cõcordia, diziendo, que la clausula *Segun empero*, no siempre se entiende limitative, sino que muchas vezes tiene fuerça de demonstracion, & refertur ad omnia, y que en du-

duda se deve entender demonstrative, & non limitative, y que Don Iuan, y Don Luis juran de cumplir lo contenido en la Concordia, y de no contravenir directa, ni indirectamente por alguna causa, ò razon: y assi, que parece ocioso buscar otra satisfacion, que deshaga nuestros fundamentos.

482 Se responde, que es regla certissima en derecho, que la general disposicion, non extenditur ad inverosimilia, incognita, & incogitata, Barbos. *axiom.* 106. *nu.* 4. *cum seqq.* y la alegacion contraria lo confiessa al fin del *num.* 415. con Fontanela *decis.* 401. *num.* 28. Optime Alvarus Velascus *consult.* 39. *nu.* 13. ibi: *Quarto limitabis prӕterquam in hijs quӕ dependent ex testamento: quia super dependentibus ex testamento non valet transactio aliter quam inspectis cognitisque verbis testamenti, & sic quoad illa generalis non prӕiudicabit per quӕcũque verba fiat, nec de illis videtur cogitatum, vt censeãtur inclusa in generali transactione, vt ergo comprehendantur debet addici clausula inspectis cognitisque verbis talis testamenti, vt l. de his, ff. de transactionibus, vt ita resolvit Bart. Paulus, Jacobinus, Iasson, & omnes.* Y Surdo *cons.* 418 *num.* 25. dize: *Tertio respondeo, quod stante ignorantia fideicommissi antiqui, quӕ etiam in dubio prӕsumitur, l. verius ff. de probationibus quantumcũque sint ampla verba renuntiationis, nunquam intelligitur renunciatum fideicommisso;* y assi dizen, que las palabras generales, aprovechan poco propter eorum obscuritatem, ambiguetatem, & cavilationem, Osasc. *decis.* 112. Gail. *observat.* 77. *lib.* 2. *num.* 6. Cancer 3. *p. variar. resolut. cap.* 15. *num.* 159. Larrea *decis.* 7. *num.* 24. Grivellus *decis. Dolana* 132. *num.* 9.

483 La clausula, *si, è segun empero, que a cada vno*

de los ditos Señores Don Iuan, è Don Luis, ſignar, pertenecer puede, è deve de ſu poder iuxta la ſerie, è tenor de aquellos, tiene, no ſolamente vna diccion declarativa, y reſtrictiva, ſino tres dicciones, que de ſu proprio, peculiar, y natural ſentido refieren, declaran, y eſtrechā la loacion a aquellos quatro capitulos que avemos dicho en el *nu.* 475. de los quales, privativamente tocava ſu cumplimiento al hecho perſonaliſsimo de Don Luis: y aſsi la loacion hecha ex certa ſcientia, y jurada por D. Luis, la declarò èl miſmo por eſta clauſula, y la eſtrechò a dichos capitulos, de tal manera, que no ſe puede eſtender a otras diſpoſiciones, ni a otras renunciaciones imaginativas, y agenas de ſu intencion, voluntad, y poteſtad, ſin hazer manifieſta violencia a la letra, y à las dicciones de la carta.

484 Lo primero, porque aquella diccion, *ſi, è ſegun empero*, es de ſu naturaleza reſtrictiva, y declarativa, Barboſ. *dictione* 183. en donde, deſpues de averlo fundado con muchos textos, y Autores, dize de la diccion *ita tamen*, que es la miſma, Seraphin. *deciſ.* 447. *num.* 3. *ait: quod de ſua natura limitat, & reſtringit diſpoſitionē cui addicitur, Surdus conſ.* 315. *ſub num.* 27. *verſ. Et quod dicitur, & conſ.* 475. *nu.* 7. *vbi ait, quod ponitur declarative, & reſtrictive, numquam autem augmentative Albericus in dictionario, verb. Ita tamen*, y cita a otros muchos. La diccion *iuxta*, tābien es reſtrictiva, y declarativa de lo antecedente, ò ſubſiguiente, a que ſe refiere, *ex cap. Abbate, §. Præterea, vbi Gloſ. de verb. ſig.* Alex. *conſ.* 81. *num.* 6. *lib.* 6. Galganetus *de condit. & demon. p.* 2. *cap.* 1. *q.* 18. *num.* 13. Barboſ. *dict.* 187. *num.* 9. Intrigliolus *deciſ.* 36. *nu.* 15. Rota apud Farinac. *deciſ.* 586. *num.* 2. *p.* 1. *recent.* De la diccion *aquellos*, dixo Barboſ.

dict.

dict. 147. quod refertur ſolum ad expreſſos in proximo ſuperiori verſiculo, & reſtringitur ad eos, de quibus verò ſimiliter ſenſit diſponens cum *Gloſſa in cap. vt circa*, §. 1. *verſ. Coram*, vbi Geminian. *de electione in* 6. Alex. *conſ.* 204. *num.* 4. *&* 5. *lib.* 2. Afflictis *deciſ.* 248. *nu.* 13. Gabriel *conſ.* 127. *num.* 5. *&* 6. *& num.* 9.

485 Todas eſtas dicciones reſtrictivas, y declarativas, a mas de la letra clara de dicha clauſula, confirman el eſtar reſtricta, declarada, y referida eſta loaciõ, a aquellas coſas, *que pertenecian a ſu poder de cada vno de los contrayentes*, como eran de parte de Don Luis, el caſarſe con Doña Guiomar dentro de 50. dias, el aſſegurarle el eſcrex, y el tener a Vrrea de Yxar, y a Belchite reſpectivamente libres para la ſuſtentacion del Eſtado, y no ſe puede dicha clauſula relativa, y reſtrictiva por tãtas dicciones referir, ni eſtẽder a otros, ni mas capitulos, ni coſas, que a eſtos, que a *ſu poder* de Dõ Luis le tocava: pues no ſe puede negar, que la palabra *à cada vno*, y la palabra, *ſu poder*, ſon letra clara, quæ ſtat reſtrictive, & denotat perſonalitatem, iuxta Seraphinum *deciſ.* 1337. *nu.* 4. Ferrer *in Conſtit. Cathaloniæ, Gloſſ.* 1. *nu.* 216. Cravet. *conſ.* 929. *num.* 11. Menochium *conſ.* 328. *nu.* 14. Cardinal. Tuſch. *tom.* 2. *lit. D. concluſ.* 260. *num.* 4. Barboſ. *dict.* 397. *num.* 4. Gratian. *diſcept. Forenſ. cap.* 104. *num.* 19. Caldas Pereira *de empt. & vendit. cap.* 10. *nu.* 1. y parece, que donde tenemos Fuero, ù Obſervancia, que nos obliga a obſervar el ſentido proprio, y natural de la letra, y de las dicciones literales, ſeria hazerle manifieſta ofenſa, y violencia a la carta ſacar eſtas dicciones reſtrictivas de ſu ſignificativa naturaleza, eſtẽdiendo la diſpoſicion a otras coſas, diferentes de las que eſta clauſula refiriò, y comprehendiò: Luego las clauſulas generales, de-

cla-

claradas por esta especial, no pueden obrar la renunciacion del derecho de libertad que Don Luis tenia, y ignorava, ni dicha clausula especial se deve entender demonstrative tantum, sed restrictive, & declarative.

486 Desde el *n.* 420. hasta el 424. dize la alegacion contraria, que no sabe como pueda adaptarse, de que Dõ Luis Primero, y Segundo, pudieran en sus capitulos matrimoniales explicar lo dudoso de esta Concordia, y a titulo de declararla, alterar el Mayorazgo regular dispuesto en ella, haziendolo agnaticio, pues esto mas es contravenir a lo dispuesto, que explicar lo dudoso, y que todos los DD. dizen, que no se puede hazer la declaracion que altera la substancia de la disposicion.

487 No es nuestro intento desviarnos de lo que es razon, ni de los tramites de la buena Iurisprudencia: Claro està, que si vno dispusiera expressamente vn Mayorazgo regular, llamando *a todos sus hijos, y descẽdientes perpetuamente por via de Mayorazgo regular, uno despues de otro, prefiriendo el varon a la hembra, haziendo los bienes inagenables, indivisibles, è imprescriptibles a fin de que perpetuamente se conserven en su familia, excluyendo a los mentecatos, a los Clerigos in Sacris, y Religiosos, &c.* con la forma que traen Simancas *de Primogenijs Hispaniæ, lib.* 1. *cap.* 26. ò Menchaca *de successionum Progressu, lib.* 3. §. 26. *num.* 10. ò Molina *de Hispan. Primogen. lib.* 2. *cap.* 17. De suerte, que no se pudiera dudar de la fundacion del dicho Mayorazgo regular; que en este caso no podria el sucessor a titulo de declararlo, hazerlo agnaticio: y de esta manera se entienden los DD. ex adverso alegados, porque esto no seria declarar, sino cõtravenir a lo dispuesto, y assi no estamos en este caso.

488 Pero quando no consta claramente, ni aun por

con-

conjecturas del afferto Mayorazgo regular, como en el caso presente, sino que manifiestamente consta, que no se ha fundado tal Mayorazgo regular en este tratado de Concordia; mui bien pudieron Don Luis Primero, y Segundo declarar la palabra *descendientes*, y entenderla, y explicarla de los masculos agnados en los capitulos matrimoniales, como se ha fundado arriba desde el *nu.* 387. con Tiber. Decian *conf.* 7. *num.* 99. *lib.* 1. Beroio *decis.* 172. Craveta *conf.* 234. *num.* 4. Mieres *de maioratu* 1. *p.* *q.* 44. *num.* 5. Peregrin. *conf.* 36. *num.* 4. *lib.* 3 Fontanel. *de pactis, clausul.* 4. *Glos.* 5. *num.* 11. *&* *decis.* 72. *n.* 9. *tom.* 1. y el lugar Magistral de los Adicionadores a Molina *lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 38. y otros que se han alegado desde dicho numero: y para que se vea que en esta Concordia no ai fundado Mayorazgo regular, se copia la clausula, en donde exadverso se pretende fundado.

489 *ITEM es concordado, que el dicho Don Iuan de presente farà, y face señor, y heredero de apres de dias suyos al dicho Don Luis, è despues de aquel, a sus hijos q̃ de los dichos Don Luis, y Doña Guiomar, seràn procreados, è a los descendiẽtes de vnos en otros, de mayor en mayor de todos sus vassallos, Villas y Lugares, &c.*

490 Desta sola clausula infiere la parte adversa el afferto Mayorazgo regular: Pero se engaña (salva pace) Primo, porque los descendientes estan llamados nomine colectivo, & sic per vulgarem ex veriori opinione, Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 27. vbi Additionator. Mantica *de coniectur. lib.* 8. *tit.* 12. *nu.* 11. Peregrin. *de fideicom. art.* 19. vbi Censalius ad eum, *&* *conf.* 33. *n.* 2. *&* *conf.* 53. *num.* 11. *&* *conf.* 70. *nu.* 26. *lib.* 3. Intrigliol. *de substit. cent.* 3. *q.* 81. *num.* 26. *&* *seqq.* Pereira *decis.* 5. *&* *decis.* 48. Mieres *de maioratu* 2. *p. in Pra-*

fati. num. 146. Fusar. *de substit. q.* 383. Reinoso *observ.* 68. *num.* 30. Grivellus *decis. Dolana* 18. *à num.* 51. *&* *decis.* 135. *à num.* 34. Rota apud Farinac. *decis.* 105. *nu.* 5. *& decis.* 229. *num.* 12. *& decis.* 357. *num.* 2. *&* 3. *in recentis.* Castillo *lib.* 5. *cap.* 110. Casanate *cons.* 46. 47. *&* 48. Sesse *decis.* 303. *num.* 13. *& decis.* 363. 364. 366. 367. *&* 368. Ramona *cons.* 100. *num.* 60.

491 Secundo, porque los descendientes estàn llamados verbis directis, & civilibus, alli: *Face Señor, y heredero, è a los descendientes*, y en este caso es mas cierto, que los descendientes estàn llamados per vulgarē, & non per fideicommissariam, Alex. *cons.* 24. *col.* 3. *vol.* 3. Decius *cons.* 205. *col.* 3. *&* 4. *& cons.* 248. *per totum, præsertim num.* 5. *& cons.* 253. *nu.* 2. *col. vltim. & cons.* 387. *col.* 2. *& cons.* 291. *col.* 1. Riminald. jun. *cons.* 50. *& cons.* 535. *num.* 14. Tornielus *in l. Gallus*, §. *Quidam recte, num.* 79. *ff. de lib. & posth.* Tiberius Decianus *cons.* 26. *num.* 37. *vol.* 2. Peregrin. *de fideicom. art.* 18. *n.* 5. *vers. Sed contra*, ibi: *Cum testator vtitur verbis* Instituo, *sive sit de descendentibus, sive de transversalibus, quod institutio non trahatur ad fideicommissariam voluit Aretinus in d.* §. *Quidam recte; col.* 3. *vbi inquit impossibile esse, quod institutio facta per verba directa obliquentur, cum iure directo valere potuerit per regulam in l. verbis civilibus, ff. de vulgari.*

492 Singularmente en Aragon, en donde todas las substituciones son directas, Molin. *verb. Apprehensio, fol.* 28. *col.* 1. Portoles *in verb. Hæres, num.* 67. Casanate *cons.* 4. *nu.* 288. y assi dixo el motivo de la Real Audiencia *in processu D. Ioannæ de Pernestan super Apprehensione, a* 10. *de Octubre de* 1603. apud Casanate *post cons.* 57. *pag.* 873. *col.* 2. *Et hæcque de vocatione facta per no-*

nomen collectivum, descendentes, *simpliciter, & absque alijs circunstantijs, & notis perpetuitatis prolatum dicta sunt(censeri per illud ipsos filios, & descendentes inter se ordine successivo vocatos per modum tantum vulgaris, & non fideicommissariæ) multo fortius ex receptissima Doctorum censura procedunt quando hij filij, & descendentes per verbum directũ, & non obliquum nec commune vocantur, vt instituo filium, & eius filios, & descendentes.*

493 Ni obsta el estar instituidos los descendientes con clausulas de tracto succesivo, como son, *de vnos en otros, de mayor en mayor*, las quales suelen ser argumento de estar substituidos per fideicomissariam. Porque se responde, que en las mismas clausulas denotantes el tracto succesivo se hallan llamados nomine colectivo, y assi per vulgarem, porque no dize, *de vno en otro*, sino *de vnos en otros*. Lo segundo se responde, que el orden succesivo se entiende per vulgarem, esto es, que la sucession se defiera al mas proximo, y mayor descendiente, y si aquel repudia al otro, & sic deinceps, como en terminos lo defienden Parisius *cons.* 11. *num.* 28. *& seqq. lib.* 3. Menoch. *cons.* 328. *num.* 85. Decius *cons.* 205. *num.* 5. *vers. Et ideo, & cons.* 416. *num.* 16. Socinus junior *cons.* 181. *num.* 29. *lib.* 2.

494 Lo tercero se responde, que las clausulas denotantes el orden sucessivo son argumẽto de substitucion fideicomissaria quando se ha hecho la substitucion con palabras obliquas, ò comunes gravando de restituir al heredero, aut per compendiosam se substituyen los descendientes, como lo explica Peregrino *de fideicom. art.* 18. *num.* 19. con Beroio, y Tornielo. Pero quando la institucion de los descendientes se ha hecho con palabras di-

directas, como son, *haze, ò instituye herederos*, vt in præsenti, quanto quiere que se hallen clausulas de tracto sucessivo, no son argumẽto de fideicomissaria, sino de vulgar, como lo siente Peregrin. *d. art.* 18. *num.* 19. ibi: *Secus infert in institutione directa, veluti instituo fratrem meum, & eius filios gradatim, & ordine successivo, nam intelligitur per modum vulgaris, quæ convenit directæ, & secundum materiam subiectam directæ institutionis, & substitutionis, siquidem per vulgarem plures gradus fieri, & subordinari possunt, l. cum in testamento,* §. 1. *ff. de hæredit. instit.* & in directa institutione, sic quoque cõsuluit Tiberius Decian. *cons.* 26. *num.* 37. *vol.* 2.

495 Siendo directa, y vulgar la substitucion que se ha hecho en este tratado de Cõcordia de los descendientes de Don Luis, bien se infiere, que por dicha substitucion, no se induce, ni se puede inducir Mayorazgo regular, porque en la substitucion directa vulgar additione primi descẽdentis, espira el llamamiento de los otros. *ex l. post additam, cum vulgatis, C. de impub. & alijs substitut.* y a todo tranze se infiere tambien, que aun quando Don Luis Primero estuviera noticioso, y certificado del derecho de libertad, que le pertenecia por la capitulacion de D. Iuan Primero el Orador, hecha en Navarra, el año 1436. y aunque al tiempo de esta Concordia se le huviera leìdo de verbo ad verbum dicha Capitulacion, y en su lohacion expressamente huviera dicho, *quod inspectis verbis illius*, renunciava el derecho, que por aquella tenia: his non obstantibus, Don Luis Segundo pudo fundar, como fundò, el Mayorazgo agnaticio en sus tablas nupciales; porque estando llamado per vulgarem, por esta Concordia additione illius se acabò el vinculo puesto en ella, como se ha fundado.

496 Vlterius, quando los descendientes de D. Luis Primero, no estuvieran llamados por esta Concordia per vulgarem, como se ha provado, sino que estuvieran llamados per fideicomissariam: No de aì se infiere Mayorazgo regular; la razon es evidente, porque los descendiẽtes pueden estar gravados descensive a restituir vn descẽdiente a otro descendiente suyo, & sic deinceps, y no estar gravados per transversum, & per substitutionem reciprocam; esto es, que los descendientes, que entre si son transversales, estèn gravados vnos a favor de otros reciprocamente: y la substitucion fideicomissaria de los descendientes, quanto quiere que tenga tracto sucessivo, y perpetuo con las clausulas, *de vno en otro, y de mayor en mayor*, se ha de entender descensive solamente, & non reciprocæ, seu per transversum, vt tenent Bart. *cons.* 54. Ruinus *cons.* 142. *in fine, lib.* 3. Peregrin. *art.* 13. *nu.* 72. *cum seqq.* Zanchis *in l. hæredes mei, §. cum ita, nu.* 674. *ad Trebell.* Decian. *cons.* 26. *nu.* 62. *lib.* 2. Berous *cons.* 147. Sfortia *cons.* 96. *num.* 97 Bolognetus *cons.* 15. *num.* 55. el Senado de Saboya apud Fabrum *lib.* 6. *C. tit.* 22. *de fideicommis. defin.* 22. *&* 23.

497 Dizelo excelentemente Cancer *variar. resolu. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 282. ibi: *In nostro casu verba dictam reciprocam denotantia nulla apparent, nec coniecturæ, præter qualitatem perpetuitatis nullis alijs coniecturis accedentibus, quod ad inducendam reciprocam, est certum nõ sufficere, quia etsi daremus ex clausula prædicta dictum fideicommissum simplex, & absolutum in casum nempe mortis, puta, hæredi instituto substitutos esse eius descendentes in infinitum, eo casu tantum ex recepta sententia daretur fideicommissum perpetuum inter descendentes descensivum, & graduale, non tamen reciprocum, quo-*

niam

niam licet testator duobus, aut tribus hæredibus institutis filijs aut transversalibus post eos vocaverit eorum liberos, & descendentes in infinitum non inducitur reciprocũ fideicommissum inter descendẽtes, sed solum simplex, ita, vt liberi vnius in portionem proprij parentis ordine successivo in infinitum vocati intelligantur; non autem quod descendentes ab vno substituti censeantur descendentibus ab alio, vt per Corneum cons. 32. lib. 2. Ruinus cons. 121. num. 8. lib. 2. Paris. cons. 18. num. 61. lib. 2. Craveta cons. 328. plene Cephalus cons. 401. per totum, vbi ampliat etiam si testator dixisset, quod volebat bona sua transire de hæredibus in hæredes masculos, vel de descendentibus in descendentes masculos perpetuis temporibus, & cum prohibitione alienationis, Menoch. cons. 489. & 633. num. 14. 15. & 35. & cons. 636. & cons. 743. nu. 5. & seqq. Oddus cons. 45. num. 30. & cons. 68. num. 5. Peregrin. art. 12. alias 13. num. 72. 73 & 89. & cons. 33. num. 12. lib. 3. vbi eodem Doctores in hoc consentire dicit, & cons. 37. n. 9 eodem lib. 3. & licet loquantur prædicti DD in dispositione de descendentibus à pluribus, tamen idem est in descendentibus ab vno, vt per Peregri. d. art. 13. num. 82. Berous cons. 147. Codex Fabrian. lib. 6. tit. 22. de fideicomm. definit. 22. & 23. Ad hæc cum hic dubitetur, nec sine causa, an sit inductum fideicõmissum simplex, certè est voluntarium prætendere reciprocũ, est quidem inconveniens dicere, quod dicatur inductum fideicommissum reciprocum, inter quos testator noluit facere expressum, vt per Bart. cons. 54. Ruin. cons. 142. in fine, lib. 3. Parisius cons. 72. lib. 3. Zanchis in l. hæredes mei, §. cum ita, num. 674. ad Trebell. Decian. cons. 26. num. 62. lib. 2. & eod. referens, Odd. cons. 96. num. 97. quod bene etiam animadvertit Ioan. Bolognetus cons.

15.

15. *num.* 55. *Ex quibus non euenisse casum fideicommissi resultantis ex dicto testamento ad beneficium agentis resolvi.*

498 En el Mayorazgo, los descendientes por consequencia necessaria estàn gravados, y substituidos entre si per reciprocam, porque faltando la linea recta del possehedor se defiere la sucession a la transversal, *cap.* 1. *de natura succes. feudi*, ibi: *Sed omnibus ex has linea deficientibus, omnes aliæ lineæ æqualiter vocantur*, per quem text. id communiter Scribentes, ibidem anotare solent prout Afflictis, *num.* 77. Paul. de Castro *cons.* 164. *num.* 11. *lib.* 2. & *cons.* 73. *num.* 14. *cum seqq. lib.* 4. Ruinus *cons.* 19 *num.* 6. *lib.* 2. Socin. jun. *cons.* 126. *nu.* 27. *lib.* 1. Rolandus *cons.* 100. *n.* 14. Molina *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 12. & *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 13. & 14. & *cap.* 6. *num.* 30. & 31. vbi Additionat. Amatus *resolut.* 1. *n.* 32. & 52. Beccius *cons.* 38. *num.* 45. & 46. *vol.* 2. Peregrin. *cons.* 42. *num.* 6. *vol.* 3. Surdus *cons.* 403. *nu.* 16. & *cons.* 320. *num.* 15. *lib.* 3. Melchior Febus *decis.* 22. *num.* 9. & *decis.* 40. *num.* 5. Marta *de successione legali*, 1. *p. q.* 12. *art.* 1. *num.* 7. Paz *de tenuta cap.* 35. *num.* 11. Castillo *tom.* 5. *controvers. cap.* 91. *nu.* 3. & 62. Fabius de Anna *cons.* 52. *num.* 116. Casanate *cons.* 38. *num.* 114. Lanarius *cons.* 35. *per totum*, Fusarius *de substitu. q.* 379. *num.* 50. Pater Molin. *de iustit. disp.* 625. *nu.* 5. Robles *de representat. lib.* 3. *cap.* 11. *n.* 36. Luego el argumento del llamamiento descensivo al transversal no corre, ni es buena ilacion el dezir en esta Concordia estã llamados los descendientes de D. Luis de vnos en otros per fideicomissariam: Luego ai Mayorazgo regular.

499 Singularmente, no aviendo en nuestro caso notas de perpetuidad, ni diziendo la Concordia que ayan

de

de ſuceder los deſcendientes *in infinitum*, ò *in perpetuũ*; que alias eſtas clauſulas ſuelen ponerſe en la fundacion de los Mayorazgos, y denotan el regular modo de ſuceder gradual, y ſuceſsivo, ex Caſtillo *lib.* 5. *cap.* 93. §. 6. menos quando van juntas con algunas dicciones reſtrictivas, D. Reg. Seſſe *deciſ.* 370. *num.* 23. Additionat. ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 33. Ciriaco *controverſ.* 522. *num.* 81. Ganaverro *conſ.* 1. *nu.* 45. Y no auiendo tampoco en nueſtro caſo, reſpecto alguno a la conſervacion de la familia, ni gravamen de nombre, y armas, ni digreſion a otros grados de ſubſtituciones, ni excluſion de Clerigos, y Religioſos, ni prohibiciõ Real de agenar, ni otras conjecturas, que ſuelen ſer argumento de Mayorazgo qualificado, ò regular, ò agnaticio, ò de vn fideicomiſſo perpetuo, gradual, y ſuceſsivo; no parece tratable el imaginar, que en eſta eſcritura ſe aya fundado tal Mayorazgo: y aſsi la palabra *deſcendientes*, ſin hazer perjuizio a nadie, pudieron declararla Don Luis Primero, y Segundo, quando en eſta Concordia no fueron llamados *todos los deſcendientes.* Y no ſe explicò, que deſcendientes eran los que avian de ſuceder, ni como auian de ſuceder, ni el fin porque los llamò, que es lo que ſe ſuele explicar en la fundacion de los Mayorazgos regulares.

500 Deſde el *num.* 424. haſta el *num.* 424. dize la alegacion contraria a la inſtancia que ſe le haze de no eſtar obſervada eſta Concordia, reſpecto de ſuceder por ella en fuerça de Mayorazgo regular; pues deviendo ſuceder Don Iuan Quarto, hijo primogenito de Luis Segundo, y deſpues deſte ſu hija del dicho Don Iuan Quarto, como hija del vltimo poſſeedor, y en falta de eſtos D. Luis Tercero, hijo tambien de D. Luis Segundo, no ſolamente no ſucceden eſtos, ſino que ſucede D. Iuan Fran-

ciſ-

cisco Christoval, hijo menor de Don Luis Segundo, cōtra las reglas del Mayorazgo segun Molina *lib.* 3. *cap.* 6. *à num.* 1. *ad* 5. *à num:* 49. *ad* 51. & Castillo *lib.* 3. *controvers. cap.* 19. *num.* 104. Y responde que Don Luis Tercero fue mentecato, è incapaz de la sucession, y que los demas sucedieron por las reglas de linea, grado, sexo, y edad, no en fuerça de esta Concordia, sino por vno de tantos titulos como se han alegado, ò por todos juntos.

501 Pero se haze vna replica irrefragable, y es, que el mētecato, no es incapaz de sucession conforme a derecho, segun lo fundado arriba en la 2. *p.* §. 1. *num.* 201. y mucho menos en Aragon, en donde no ay Fuero, ni Observancia que le excluya, ê incapacite, tāpoco ai letra de Testamento, ni Capitulacion, ni Concordia, ni escritura alguna de las exhibidas en este processo, que a los mētecatos los prive de la sucession de estos bienes: Luego si huviera fundado fideicomisso perpetuo, gradual, y sucessivo, ò Mayorazgo regular, devia aver sucedido D. Luis Tercero: no sucedio: Luego, &c. Vltra desto, si las reglas de la linea, grado, sexo, y edad se atendieran deuia suceder Don Iuan Quarto, varon primogenito de Don Luis Segundo: no sucediò: Luego, &c. y a esta replica no responde la alegacion contraria, sino que se la calla: Los titulos que alega para fundar el Mayorazgo regular, se ha discurrido yà quan destituidos estan de fundamento: Luego si esta Concordia no se ha platicado, ni consta, que en fuerça della se aya sucedido, ni que se aya observado, no puede tener subsistēcia alguna, iuxta ea quę tradunt Gotierrez *cons.* 2. *num.* 10. Peregrin. *cons.* 1. *num,* 1. *vol.* 5. Addit. ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 39. *& lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 39. *& lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 57. Cavedo *decis.* 22. Valenz. *cons.* 94. *n.* 204. Suelv. *cons.* 2. *n.* 20. *in cēt.*

502 Desde el *num.* 427. hasta el *num.* 430. intenta responder a la imperfeccion, y nulidad de esta Concordia, respecto de no averla lohado Doña Catalina Veamonte, ni Doña Guiomar Enriquez, como en ella se pactò, diziendo, que Don Iuan, y Don Luis no juraron esta Concordia debaxo de la condicion expressa, si los aprovassen Doña Catalina Veamōte, y Doña Guiomar Enriquez, y asi que Don Iuan, y Don Luis quedaron obligados sin la lohacion de sus mugeres.

503 Pero se haze vna replica, que no parece puede tener satisfacion, suponiendo vn capitulo de dicha Concordia, que dize asi: *ITEM es concordado, que la dita Doña Catalina, dentro de vn mes apres que serà venida en el Reino de Aragon, sea tenida lohar, aprovar, è firmar todos los presentes capitoles, è las cosas en aquellos contenidas*: y no se cumpliò este capitulo, y siendo la principal interessada Doña Guiomar Enriquez, y limitandole la viudedad, y poniendole otros pactos que podian ser de perjuizio suyo, es bien denotar, que ni interviene en esta Concordia, ni la loha, ni consta que huviera cūplido lo que a su parte tocava. Y tambien ay otro cabo, q̄ dispone, que *el Egregio D. Enrique Cōde de Alba de Liste, y padre de dicha D. Guiomar sea tenido vestir, è arrear, è dar à Cambra a la dita Doña Guiomar, segun que a la alteza de la dita Señora Reina placerà.* Y tampoco se cumplio con este cabo, ni el Conde de Alva de Liste, que era el interessado lohò esta Cōcordia, siendo asi, que parece que era el interesse mui considerable, pues en vestir, y arrear, y dar a Cambra a vna persona tan principal, y tan grande como su hija, casandola con vn Cavallero de tan esclarecida Nobleza, como D. Luis de Yxar, cabeça entonces de esta Casa, no lo haria cō seis mil ducados,

sin-

ſingularmente aviendo de ſer a guſto de la Señora Reina, cuyo pecho Real ſeria mui ancho, y generoſo.

504 Eſto ſupueſto, ſe dize, q̃ los contractos ſon individuos, Tiraquel. *de retractu convent. ad finem tit. à num.* 4. Marius Muta *deciſ.* 84. *à num.* 16. y es impoſsible, q̃ valgan, aprovandoſe en parte por vnos, y no aprovandoſe en parte por otros contrayentes, ex Rota *deciſ.* 278. *num.* 6. *p.* 2. Barcis *deciſ.* 125. *num.* 5. Suelves *conſ.* 20. *num.* 7. *ſemicent.* 2. porque no pueden valer en parte, y en parte no valer, Mantica *lib.* 3. *de tacitis, tit.* 16. Farinac. *in recentiſ. Rotæ deciſ.* 242. *num.* 3. *p.* 1. Anton. Monach. *deciſ. Lucenſi* 1. *num.* 4. Ioan. Baptiſt. Thoro *voto deciſ.* 60. *à num.* 24. y aſsi ſe han de obſervar con todos ſus capitulos, y clauſulas, *l. contra iuris,* §. *ſi filius,* vbi communiter DD. *ff. de pactis,* Gozadin. *conſ.* 1. *nu.* 15. Graveta *conſ.* 132. *num.* 21. *&* *conſ.* 171. *nu.* 9. Cornazanus *deciſ. Lucenſi* 76. *num.* 22. y la forma del contracto conſiſte en ſu perfeccion, y entereza, Pedrocha *in ſuo vnico reſponſo de interpret. & reſolut. contract. nu.* 119. Ciriaco *controverſ. Forenſ.* 278. *num.* 16. y aſsi faltando en alguna parte ſu cumplimiento, ſe reſuelve en todo, y ſe deshaze, *l. ſi duos* 44. *ff. de contrahen. empt.* Menoch. *conſ.* 1106. *num.* 21. Rolandus *conſ.* 53. *num.* 29. *vol.* 1. Laderech. *conſ.* 62. *num.* 10. Pedroch. *vbi proxime nu.* 112. 113. 116. 277. 506 237. 336. 801. *&* 873. Ciriaco *d. controverſ.* 378. *nu.* 14. y en terminos de Concordia *controverſ.* 535. *n.* 5. *to.* 3. La razon la explicò mejor en la *controverſ.* 546. *num.* 42. *d. t.* 3. nam quis non præſumitur contracturus, niſi cum omnibus pactis appoſitis, ex *l. ſi quis aliam* 46. *ff. de ſolutionibus,* Tiber. Decianus *conſ.* 41. *num.* 20. *vol.* 1. Burſatus *conſ.* 194. *num.* 25. *in fine,* Surdus *conſ.* 217. *num.* 1. *&* 20.

505 Ni la antiguedad del tiempo que se otorgò dicha afferta Concordia, puede suplir sus condicionis, ni adimplementos, ni lo substancial, y formal de su disposicion, siendo cosa, que ocularmente devia constar, y no por presumpciones de antiguedad de tiempo tã falibles, singularmente atendiendo, que los que hizieron esta Cõcordia, no quisieron, que imaginariamente se aprovara esta Concordia por D. Catalina Veamonte, ni que por presumpciones de largo tiempo se provara su lohacion, sino que expressa, real, y efectiuamente la lohara dicha Doña Catalina dentro de vn mes de venida a este Reino: lo qual no se cumpliò, ni las demas cosas arriba ponderadas: A que se añade no estar esta afferta escritura de Cõcordia en forma provante, ni exhibida en su primer figura, pues le faltan las subscripciones, y sellos de Don Iuan y Don Luis, aviendo vna clausula, que dize averse subscripto, y sellado: y asi todo esto, como intrinseco, y substancial del afferto instrumento de Concordia no es presumible, ni por mil años, ex Corneo *conf.* 93. *lib.* 4. Castro *conf* 81. Ramona *conf.* 100. *num.* 25. Mascard. *de probat. conclus.* 1140. *num.* 28. *&* *conclus.* 1317. *nu.* 40. Anton. Gabriel *tit. de præsumpt. conclus.* 1. *num.* 53. Tiraquel. *de præscript.* §. 1. *Glos.* 4. *vers.* 39. Cacheranus *decis.* 173. *nu.* 3. Menoch. *conf.* 288. *nu.* 13. *&* 28. *vol.* 3. Mantica *de coniectur. lib.* 2. *tit.* 4. *n.* 5. Cæphal. *conf.* 622. *per totum*, Beroius *conf.* 92. *vol.* 3. Gamma *decis.* 87. Hieronym. de Leon *decis.* 40. *nu.* 45. *&* 149. *tom.* 3. Pudierase presumir la solemnidad extrinseca, que no consta per evidentiam facti, & occularem inspectionem, que falta de la misma escritura, que essa solemnidad es la que suple, y presume el tiempo; y asi en essos terminos hablan los DD. que cita la alegacion contraria, *nu.* 428.

pe-

pero no de lo dispositivo, ni de la solemnidad intrinseca que ha de tener el instrumento para su valor, que esto constando real, y verdaderamente, como consta, que falta, es impossible, que la antiguedad lo supla, como es impossible que venza la presumpcion a la verdad.

506 Ni Fontanela, ni los DD. exadverso alegados *num.* 429. de la contraria alegacion pruevan, que valga vn instrumento, que no està aprovado por quien tiene obligacion de aprovarlo, ni se trae, ni alega Autor que diga, que aviendo pacto expresso, y condicion en vn instrumento, de que vna persona le aya de lohar, como lo ai en la asserta Concordia, de que la aya de lohar D. Catalina Veamonte, pueda valer el instrumento sin dicha lohacion, y que los vnos contrayentes queden obligados, y los otros no; porque esto seria contra la naturaleza del acto correspectivo, en donde reciprocamente la obligacion de los vnos, es causa de la obligacion de los otros, *ad l. contractus, C. de fide instrument.* Hondedeus *cons.* 52. *n.* 18. *&* 19. *lib.* 1. Riminald. *cons.* 29. *n.* 18. *lib.* 1. *&* *cons.* 51. *per totum,* Donelus *in d. l. contractus*, *nu.* 6. Lasarte *de gavellis, cap.* 3. *à nu.* 14. Decian. *cons.* 7. *n.* 64. Suelves *cons.* 40. *num.* 8. *semicent.* 2.

507 Desde el *num.* 430. hasta el *num.* 433. dà fin a este punto la alegacion contraria, diziendo, que aũque no se exhibiera el testamento del Orador, que es relato de esta Concordia, devia valer el referente, pues en ella ai perfecta disposicion sin el testamẽto relato, y que es cierto que està exhibido, y q̃ en èl ai fundado Mayorazgo de simple masculinidad: Pero se replìca, suponiẽdo aquella clausula de dicha Concordia, alli: *ITEM es concordado, que los vinculos, que el mui Noble Don Iuan, Senior de Yxar padre del dito Don Iuan, puso en su vltimo testa-*

ſtament, reſten, è ſean en ſu fuerça, y valor en todo favor del dito Don Luis, è deſcendientes dèl.

508 Supueſta eſta clauſula, no parece que puede aver perfecta diſpoſicion ſin dicho teſtamento, porque à Don Luis, ni a ſus deſcendientes, no ſe les haze donaciõ por eſta Concordia, ſino con los vinculos del teſtamento de Don Iuan el Orador, y aſsi dicho teſtamento es parte formal de eſta Concordia, la qual eſtaria imperfecta ſin dicho teſtamẽto, como parte, y porcion de aquella, y por el conſiguiente, es preciſſo, que cõſte de los vinculos de dicho teſtamento para incluſion de la parte cõtraria, ex Romano *conſ*. 305. *num*. 6. Craveta *conſ*. 112. *num*. 15. Farinac. *deciſ*. 133. *nu*. 3. *p*. 2. Puteus *deciſ*. 289. *lib*. 1. Caſtillo *lib*. 4. *controverſ. cap*. 43. *nu*. 30. *& ſeqq*. Suelves *conſ*. 43. *num*. 3. *ſemicent*. 1.

509 Infierefe lo ſegundo de dicha clauſula, q̃ aviendo de ſer, y reſtar los vinculos de dicho teſtamento, *en todo favor del dicho Don Luis, y ſus deſcendientes*, no es poſsible, que ſe cumpla con la letra deſta clauſula, ni que ſe verifique, ſino in facultate eligendi, & libertate optandi ipſi Ludovico competenti, ò en el llamamiento de los deſcendientes per ſubſtitutionem vulgarem, porque la fideicomiſſaria, y el gravamen de reſtituir es puro odio, *l. cohæredi*, §. *cum filiæ*, *ff. de vulgari*, Peregrin. *de fideicõmiſ. art*. 1. *num*. 26. *& art*. 11. *num*. 37. Fuſar. *de ſubſti*. *q*. 291. *à num*. 1. *& q*. 615. Caſtillo *lib*. 4. *cap*. 9. *num*. 3. *cum innumeris*, y quando tenga alguna mezcla de favor el fideicommiſſo, ſiempre prepondera el odio, y ſe juzga odioſo. Hondedeus *conſ*. 60. *num*. 71. *lib*. 1. Riminald. jun. *conſ*. 75. *num*. 49. *lib*. 1. Albenſis *conſ*. 29. *n*. 12. Decius *conſ*. 465. *n*. 10. Salgado *de Regia protect. p*. 2. *cap*. 7. *num*. 2. Gratian. *diſcept. Forenſ. tom*. 4. *cap*. 765. *nu*.

2. *&*

2. *& seqq.* Luego esta clausula es vrgentissima, y literal conjectura de estar llamados los descendientes de Don Luis en esta escritura de Concordia solamente per vulgarem, & non per fideicomissariam, nec per reciprocam y assi que esta Concordia, mas nos favorece, q̃ nos daña.

510 Lo tercero se infiere, que estando exhibido dicho testamento del Orador, y no aviendo alli fundado Mayorazgo perpetuo como se ha dicho arriba en los *n.* 421. y 422. si aquellos vinculos temporales han de *restar a favor de Don Luis*, ha de ser conservandole a Dõ Luis la libertad, ò derecho de disponer libremente de estos bienes: Porque, ni del testamento del Orador, ni de esta Concordia consta expressamente, que Dõ Luis estè gravado a restituirlos a nadie: No del testamento del Orador, porque alli el gravamen necessario, y absoluto, no transciende de la persona de Don Iuan, hijo del Orador, porque a su hijo deste, que fue Don Luis Primero, no le grava absolutamente, sino *en caso que no elija, y ordene en los hijos masculos que le parecerà.* Tampoco consta de esta Concordia, que estè gravado a favor de nadie, porque como se ha fundado, èl, y sus descẽdientes estàn llamados de vnos en otros per vulgarẽ: Luego bien concuerda el testamento del Orador, con esta clausula especifica de la Cõcordia; pues assi por dicho testamẽto, como por esta Concordia, se le conserva a Don Luis Primero, el derecho de disponer libremente de estos bienes.

511 De otra manera se seguiria vna contrariedad, y repugnancia entre estas dos escrituras evidente, è inevitable; porque si en el testamento del Orador huvo vinculo perpetuo, absoluto, y sucessivo en contemplacion de toda la familia, assi agnados, como cognados, se oponia, y era contrario a las clausulas de dicho testamento,

por

por las quales se le dexa a Don Luis libertad, y facultad de optar de sus hijos masculos, al que le pareciera: y tambien se oponia, y era contrario a esta clausula, por la qual Don Iuan su padre, quiso que restaran a su favor: Si por esta escritura de Concordia, se induce el Mayorazgo regular, y perpetuo que se pretende era contrario a esta clausula, por la qual D. Luis se cautelò, y preservò a su favor el derecho de libertad que tenia, assi por la capitulacion de Navarra, como la facultad de optar por el testamento del Orador su abuelo: Luego quando no tuvieramos expressa disposicion de derecho, que presume por la vulgar en exclusion del odio, y gravamen de la fideicomissaria en caso dudoso, ex Mascardo *conclus.* 774. *n.* 2. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 67. *num.* 20. Prætis *de interpret. vltim. volunt. fol.* 275. *nu.* 8. Peregrin. *cons.* 149. *num.* 11. *lib.* 5. *&* *cons.* 67. *num.* 10. Monter *decis.* 35. *num.* 11. *&* *seqq.* Casanate *cons.* 4. *nu.* 35. Fusar. *q.* 615. *num.* 5. Riminald. jun. *cons.* 50. *num.* 55. *lib.* 1. Castillo *lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 3. Y quando no huuiera las doctrinas que se han ponderado, q̃ persuaden no aver Mayorazgo perpetuo, ni vinculo absoluto en estas dos escrituras referente, y relata; por evitar vna cõtrariedad tan manifiesta, y vna repugnancia tan evidente como esta que se ha ponderado, se devian conciliar, y entender estas escrituras del modo que se ha dicho, que es el mas ajustado, segun derecho: Mas quando se quisiere entender, que en el testamento del Orador ay Mayorazgo perpetuo, aquel no es regular, sino agnaticio, como se ha dicho supra *n.* 423. 424. & 425. porque en èl se hallan las conjecturas de agnacion, que se han fundado en la primera parte de esta alegacion, a que me remito.

512 Y vltimamente, esta escritura que llaman Concor-

cordia, no fue capitulaciõ matrimonial, sino vn tratado, y acuerdo de los cabos, con los quales se avia de hazer la capitulacion matrimonial. Conocese esto clarissimamẽte de la dicha escritura, y primeramente alli donde entra diziendo la Señora Reina, *he apuntado*, de donde se conoce, que estos no fueron mas que apuntamientos para la capitulacion matrimonial de D. Luis, y Doña Guiomar. Segundo, alli: *Que los ditos Don Iuan, y Don Luis padre, è fijo, obliguen, e asseguren validamente con obligaciones, è seguridades de las Universidades de la Villa de Yxar, è de Belchite a la dicha Doña Guiomar diez mil florines de oro, en oro en dot, è por dot, &c.* Y D. Iuan, y D. Luis, quãdo lohan esta Cõcordia no obligan, ni asseguran con las obligaciones de las Villas de Yxar, y Belchite la dicha dote, y assi esta no fue obligacion, sino tratado de obligarse en la capitulacion matrimonial que se avia de hazer. Tertio; porq̃ se conoce de aquella clausula: *E de aquesto el dito Don Iuan, con consentimiento de la Noble Doña Catalina Beamont, muller suya otorgarà, & farà todos los contractos, è seguridades necessarias a lo sobredito.* Y es cierto, que ni por entonces, ni por la lohacion, ni en tiempo alguno intervino el consentimiẽto de Doña Catalina Beamonte, ni tales contractos, y seguridades se otorgaron, ni se hizieron, y assi no fue contracto perfecto, sino tratado de hazerlo. Quarto. De aquella clausula: *ITEM, que el dicho Conde D. Enrique sea tenido vestir, &c.* porque no aviendo intervenido el Cõde en esta Concordia, ni lohadola, yà sabian los que hazian este tratado, que no le podian perjudicar; y assi se conoce, que su animo no fue, de que quedaran perfectos estos capitulos, sino de que en adelante, con intervẽcion de todas las partes interessadas, se otorgasse la capitula-

 cion

cion matrimonial, y q̃ en ella se hizieran todas estas obligaciones. Quinto. Porque la Señora Reina, y D. Iuan, y Don Luis, que trataron estas cosas, sabian, que quien se avia de casar, y la principal interessada era Doña Guiomar, y sabian que no lohò esta Concordia, ni intervino en ella, y assi se conoce, que suponian, que despues se avia de hazer solemne escritura de estos cabos, y capitulacion matrimonial con intervencion de todos, y que no fue su animo, de que esta Concordia quedara perfecta, pura, è irrevocable, sin que se otorgara dicha capitulacion matrimonial con intervencion de los otros.

513 El animo de los contrayentes, es el norte fixo por donde se govierna la verdadera inteligẽcia de lo que trataron, *l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. iur.* Menoch, *præsumpt.* 148. *à num.* 2. *& seqq.* Mantica *de tacitis*, *lib.* 1. *tit.* 10. *à num.* 4. *cum seqq.* Gutierrez *de Gabellis, q.* 17. *à principio*, Felician. *de censibus*, *tom.* 2. *lib.* 3. *cap.* 4. Olea *de cessione iur. tit.* 5. *q.* 2. *num.* 22. y otros muchos, quos allegat Castillo *lib.* 3. *controvers. cap.* 26. *à nu.* 1. *ad* 16. *circa med.* donde dize, que la perfeccion del contracto, se ha de conjecturar de las palabras que descubren el animo de los contrayentes, ibi: *Et secundum hæc firma traditur resolutio in hac materia cõtractus, vel actus, qui geruntur, censeri perfectos, & puros, vel non, secundum quod ex verbis contrahentiũ sumi possunt coniecturæ, quod voluerint, vel non in scriptis contrahere, sive ante instrumentum confectum pro perfecto habere, vel non habere, contractũ.* En el caso presente ay letra clara, como se ha ponderado, q̃ manifiesta la imperfecciõ de esta Concordia, y que solamente fue vn tratado, y acuerdo de hazer capitulacion matrimonial con intervencion, y obligacion de las otraspartes: Luego mientras

tras no conste de la capitulacion matrimonial de Don Luis, y Doña Guiomar, y de la perfeccion de este contracto no puede valer, ni se deve hazer caso dèl.

514 El contracto que se haze con pacto expresso, de que vn tercero interessado consienta, mas es tratado de contraer, que contracto, es imperfecto, y revocable, y no tiene firmeza, ni perfeccion, hasta que aquel consiente, vt ex Baldo, Alexandro, Iassone, & alijs tenent Capicius Galeota *lib. 2. controvers.* 66. *nu.* 26. *&* 27. Ioannes Baptista Thoro 1. *p. compend. decis. verb. Assensus*, Riccius *in praxi alienat. rer. Eccles. decis.* 36. *&* 85. Schraderius *de feudis, p.* 8. *cap.* 4. *n.* 10. Blasius Michalorius *in tract. de fratribus*, 3. *p. cap.* 12. *num.* 17. Y vna cosa es tratar de hazer capitulaciõ matrimonial, otra cosa es hazerla, son diferentes actos, tractatus enim de faciendo non probat iam factum, quia multa tractanturque non perficiuntur, vt plenè per Alexand. *cons.* 148. *num.* 5. *lib.* 5. *& cons.* 13. *num.* 17. *& cons.* 18. *num.* 2. *& cons.* 28. *à nu.* 1. *lib.* 3. Oldradus *cons.* 119. Corneus *cons.* 77. *col. fin. lib.* 1. Decius *cons.* 159. *num.* 3. *& cons.* 488. *num.* 11. Angelus de Perusio *cons.* 74. Fulgosius *cons.* 142. *circa med. vers. Enim vero*, Mascardus *de probationib. conclus.* 617. *vol.* 2. ex textu in *l. si ex causa*, §. *nunc videndum in fine, ff. de minoribus, l. si voluntate, C. de rescind. vendit. l. sciẽdum*, §. *denique, ff. de ædilitio ædicto, cap. dudum de rebus Eccles. non alien. in* 6. Bartol. *in l.* 2. *ff. cõmodati*, Baldus *in l. multum, col.* 2. *n.* 5. *vers. Quandoque probatur, C. si quis alteri, vel sibi*, Cardin. Tusch. *to.* 8. *Practicar. conclus.* 339. *lit. T. à n.* 1. *cum seqq.* Barbos. *in collectanea ad textum in l. contractus, n.* 19. *C. de fide instrumentor.*

515 Y estando ausentes Doña Guiomar Enriquez, y Doña Catalina Veamonte, y no interviniendo en dicho

cho tratado, es mayor argumento de que dicha Concordia, solamente fue destino de la Señora Reina Doña Iuana, de que en adelante se hiziera capitulacion matrimonial, con intervencion de todas las partes. Pruevalo bien la *l. Qui absenti, ff. de adquiren possess.* cuius verba sunt: *Qui absenti servo scribit, vt in libertate moretur, non eã mentem habet, vt statim vellit servi possessionem dimitere, sed magis destinationem suam in id tempus conferre quo servus certior factus fuerit.* Tradunt Molin. *de primogen. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 62. Castillo *controvers. to.* 4. *cap.* 37. *num.* 39. *& tom.* 5. *cap.* 80. *num.* 12. *& tom.* 6. *cap.* 151. *&* 152. *num.* 1. vbi innumerabiles DD. refert Salgado *in laberinth. creditor. p.* 2. *cap.* 26. *num.* 30. *&* 41. De cuyas doctrinas se infiere, que aunque quedaran obligados por la lohacion de esta Concordia Don Iuan, y Don Luis su hijo, como se otorgava con presupuesto, destino, y expressa deliberacion, de que se hiziera capitulacion matrimonial, con intervencion de Doña Guiomar, y Doña Catalina, las quales auian de dar sus seguridades, y hazer sus obligaciones respectivamente en dicha capitulacion matrimonial, es parte, y porcion essencial de este contracto, sin la qual no se incluye bien la parte contraria, Castillo *lib.* 4. *controvers. cap.* 43. *n.* 31. Gratian. *discept.* 501. *nu.* 15. *&* 16. *& disceptat.* 912. *nu.* 10. Farinac. *in recentis.* Rotæ *decis.* 338. *num.* 3. *p.* 2. *& in posthum. decis.* 352. *num.* 2. *p.* 2. *allegans decis.* 36. *p.* 2. *in novissim. diversor.* Fontanella *de pactis clausula* 4. *Glos.* 18. *p.* 2. *num.* 28. Amatus *resolut.* 42. *à nu.* 12. Suelves *cons.* 43. *num.* 3. *semicent.* 1. Pareja *de instrument. ædit. tit.* 7. *resolut.* 9. *à n.* 18. *& nu.* 22. *cum seq.* Optime atque in terminis *decis. Marchie* 103. apud Gratianum *nu.* 16. *&* 17. quam extollit Rota apud Po-

sthium

ſthium *poſt tract. de manut. deciſ.* 647. *num.* 52. *in nouiſsim. ædit.* y aſsi eſta Concordia, como ſe hiziera entre partes, que ellas ſolas no podian hazer la capitulacion matrimonial, ni lo demas que ſe pactò ſin Doña Guiomar, Doña Catalina, y el Conde Don Enrique, ni enuncian, quẽ ſe hiziera, ſino que ſe avia de hazer, eſt enunciatio de eo, quod eſt extra poteſtatem ipſorũ, y de lo que queriã que ſe hiziera: y aſsi es impoſsible de provar por eſta eſcritura, quanto quiere antigua que ſea, la capitulacion matrimonial, ex Gratiano *diſcept.* 693. *n.* 4. Purpuratus *in Auth. ſi quis in aliquo docum. n.* 74. *C. de ædendo*, Avendaño *de cenſibus, cap.* 83. *&* *ex* Bart. Iaſſon. Alexand. & alijs Pareja *d. reſolut.* 9. *num.* 18. 22. *&* 24. & de his ſatis.

§. X.

DE LA SEGVNDA PROPOSICION DE los Señores Condes de Salinas, ſobre el Lugar de Caſtelnou, y las Caſas principales del Eſtado, ſitias en eſta Ciudad de Zaragoça.

516 ESTA pretenſion es acceſſoria de la juſticia original, y eſtà comprehendida en la Capitulacion matrimonial de D. Luis Segundo, hecha en el año 1513. a favor de los agnados: ſuponiendo, que dicho Don Luis Segundo, fue Señor abſoluto del Lugar de Caſtelnou, con facultad de diſponer libremente dèl en quien le pareciera, como adquirido por ſu Señoria, y de las Caſas de Zaragoça, lo fue D. Iuan Segundo, Padre de D. Luis Primero, ſegun confieſſa la parte contraria en eſta propoſicion, y en la primera *art.* 25. *fol.* 48. *in ſum.*

517 Pretende, pues, incluirſe con el teſtamento del

di-

dicho Don Luis Segundo, en donde este instituye en lo libre, heredero a Don Iuan Francisco Christoval su hijo, y a sus hijos masculos, y a sus descēdientes masculos del dicho Don Iuan Francisco Christoval, de mayor en mayor; y en falta de estos, substituye a las hijas del dicho D. Iuan Francisco Christoval respectivamēte de lo q̃ puede con alguna diferencia en las porciones: y dize aver llegado el caso de suceder las hijas por falta de varones: y esfuerça su inclusion con la capitulacion de D. Iuan Quarto, en la qual, aunque Don Luis Segundo su padre vincûla los bienes que le dà, pero excepta el Lugar de Castelnou; del qual se reserva facultad de disponer.

518 Mas esta esserta inclusion, ò proposicion, se desvanece, respecto de las Casas de Zaragoça, con la confession que haze en su primera proposicion *art.* 25. *fol.* 48. *in sum. & fol.* 1592. *in process.* de que fueron de Dō Iuan Segundo, padre de Don Luis Primero, y està aceptada por mi parte en el *art.* 48. de la replica, *fol.* 83. *in summ. & in processu* 2714. y asi Don Luis Primero, como señor dellas pudo vincularlas a favor de sus agnados, como las vinculò en la capitulacion matrimonial de Don Luis Segundo, su nieto, y asi en el processo Ioannis Gascon, se las adjudicô la sentencia a Don Antonio, en cuyos derechos està repuesto el Señor Conde Don Pedro Luis mi parte, en fuerça del Mayorazgo de agnaciō fundado en la capitulacion matrimonial de D. Luis Segundo, y Doña Beatriz de Alagon, del año 1513. en cuyo perjuizio Don Luis Segundo en su testamento, ni dispuso, ni podia disponer de dichas Casas.

519 Respecto del Lugar de Castelnou, convenimos, en que Dō Luis Segundo, fue señor absoluto, como cosa por su Señoria adquirida; Pero con su mismo docu-

mento se excluye manifiestamente, porq̃ en el testamento de Don Luis Segundo ; en caso de faltar los hijos varones de Don Iuan Francisco Christoval , y sus descendientes destos; y aviendo hijas, ai vna clausula, que dispone: *Que en tal caso, los Castillos, Villas , y Lugares mios, ayan de venir, y vengan en aquel, ò aquellos , en quien, ò los quales, conforme a los vinculos de mi Casa, puedan, y devan venir*; y este caso llegò , porque Don Iuan Francisco Christoval muriò sin hijos varones, ni descendientes de ellos, y con dos hijas que fueron la Señora Doña Estefania, y la Señora Doña Isabel Margarita.

520 La dificultad està, en que esta clausula especifica, y discretiva, que habla *de los Castillos, Villas, y Lugares*, en la qual, indubitablemente està comprehendido el *Lugar de Castelnou*, y no en la clausula siguiente , en la qual habla generalmente de todos los demas bienes , ad textum *in l. in toto iure*, 81. *ff. de reg. iur. cum vulgatis* Surdus *cons.* 56. *num.* 1. *& de alimentis, tit.* 2. *q.* 15. *n.* 130. Craveta *cons.* 86. *num.* 4. *&* 5. Beroius *cons.* 57. *n.* 10. Barbos. *cum alijs axiomate* 107. *à num.* 1. *ad* 4. *&* 5. A què vinculos se refiere? Si a los del asserto Mayorazgo regular? O a los vinculos de agnacion? Y parece cierto el referirse a los vinculos de agnaciõ; Lo vno, porque no ay otros, de los quales, cierta, y determinadamente se pueda entender la relacion , porque el Mayorazgo pretendido por tantos assertos titulos , se ha visto quan destituido està de fundamento, al menos que aya tal Mayorazgo regular es disputable, y el referẽte no se puede entender de vn relato vago, disputable , y dudoso , porque seria la relacion incierta, Bart. *in l. si sic*, §. 1. *ff. de legatis* 1. Grammat. *decis.* 59. *num* 25. *& seqq.* Paris. *cons.* 35. *num.* 7. *lib.* 1. Roland. *cons.* 8, *nu.* 20. *lib.* 3. Sebastian.

Me-

Medicis *de regul. iur. reg.* 10. *nu.* 70. Alvarado *de coniectur. mente def. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 28. *& seqq.* Peregr. *de fideicom. art.* 16. *num.* 111. Simon de Prætis *de interpret. vltim. volunt. lib.* 2. *resolut.* 2. *num.* 239. *fol.* 271. Petrus Surdus *cons.* 167. *num.* 27. *& cons.* 245. *num.* 21. Castillo *lib.* 4. *controvers. cap.* 43. *num.* 35. Pareja *de instrum. edit. tit.* 7. *resolut.* 9. *nu.* 27. Oliverius *in addit. ad* Alexand. Ludovis. *decis.* 439. *num.* 13. *sub lit. A.* A mas de que los vinculos del asserto Mayorazgo regular, como cosa de hecho ageno los ignorava Dō Luis Segundo, al menos se deve presumir assi, *l. verius, ff. de proba.* cum vulgatis, Menoch. *præsumpt.* 23. *à num.* 51. Farina. *fragment. crimin. p.* 2. *verb. Ignorantia, nu.* 91. Suelves *cons.* 25. *num.* 1. *in cent.* Ramona *cons.* 28. *nu.* 32. y es inverosimil, y impossible de entender, que Don Luis Segundo se refiera a lo que ignorava.

521 Lo segundo, porque los vinculos, que eran ciertos, seguros, y sin disputa alguna, al menos, quanto a la qualidad, y accidentes, eran los contenidos en la capitulacion matrimonial del dicho Don Luis Segundo, con Doña Beatriz de Alagon del año 1513. y assi parece ser el relato cierto de la clausula de dicho su testamento, por que estos eran hecho propio de Don Luis segundo, que no los podia ignorar, *l. quamquā, ff. ad Velleian.* Mascard. *conclus.* 637. *num.* 3. *& conclus.* 879. *nu.* 40. Menoch. *de præsumpt. lib.* 6. *præsumpt.* 23. *nu.* 32. Gaillius *lib.* 2. *observat.* 48. *num.* 19. como tampoco podia ignorar la capitulacion que otorgò quando casò segunda vez con Doña Hipolita de Heredia, de cuyo matrimonio naciò el Duque Don Iuan Francisco Christoval; y en esta capitulacion dize; que trae todos los Castillos, Lugares, y Casas, queriendolos aver por confrontados,

se;

ſegun Fuero, *con los pactos, vinculos, y condiciones pueſtos en el Eſtado, y Condado de Belchite, los quales las dichas partes quieren aver por repetidos, y pueſtos, &c.* De donde claramente ſe infiere, que eſta capitulacion ſe refiriò a la del primer matrimonio de Don Luis Segundo, con Doña Beatriz de Alagon, y ſu teſtamẽto a eſtas dos Capitulaciones matrimoniales, de ſuerte, que por eſtas tres eſcrituras nacidas de la voluntad, y hecho de Don Luis Segundo, como ciertas, y claras tiene excluſion evidente la parte contraria, y incluſion mi parte.

522 Ni obſta coſa alguna, de las que dize la alegacion contraria, deſde el *num.* 434. haſta el *num.* 441. ſobre eſta propoſicion, porque en ſuma, lo que dize, es. Primò. Que aunque la relacion del teſtamento de Don Luis Segundo ſe entẽderia de los vinculos de ſu Capitulacion matrimonial con Doña Beatriz de Alagon, por ella ſe excluye mi parte, è incluye la contraria. Secundo. Que la relacion de los capitulos matrimoniales de Dõ Luis ſegundo con Doña Hipolita de Heredia, no ſe ha de entẽder de los vinculos de la Capitulacion de Doña Beatriz de Alagon, ſino de los anteriores, que eran validos, y eficazes, q̃ los de la Capitulacion de Doña Beatriz de Alagon, y Don Luis Segundo, no lo eran como hechos a nõ habente poteſtatem. Tertio. Que lo mas natural parece deverſe hazer dicha relacion a los vinculos, que el miſmo Don Luis avia explicado en los capitulos que hizo quando casò a D. Iuan Quarto ſu hijo, y de Doña Beatriz de Alagon con Doña Iſabel de Eſpès, en los quales eſtà exceptado el Lugar de Caſtelnou. Lo quarto, y vltimo; porque, ò eſtàn vinculados el Lugar de Caſtelnou, y las Caſas? ò no? Si lo eſtàn, ſe ha de entender con los vinculos anteriores que dize: Si no lo eſtàn, dexa D. Luis

Segundo herederas a las nietas, a quien sin disputa ha sucedido el Señor Duque.

523 Porque a todo esto se responde facilmente. A lo primero, que si lo que supone prueva, dize bien, pero supone, que en la capitulacion de Don Luis Segundo cõ Doña Beatriz de Alagon, no fueron los vinculos agnaticios, sino de simple masculinidad; y esto yà se ha visto, que no lo puede provar, sino que antes bien està fundada, y cõtemplada la agnacion en ellos, segun lo discurrido en la primera parte deste alegato. A lo segũdo se responde, que los vinculos anteriores a los de dicha capitulacion, no dize q̃ vinculos seã, ni señala escritura, y assi la relacion seria incierta, è inutil. Si la entiẽde de los vinculos de Mayorazgo regular, este no tiene fundamento, como se ha visto: y tãpoco lo tiene el dezir, que los vinculos de la Capitulacion de Don Luis Segundo, y Doña Beatriz de Alagon, cõ los quales intenta incluirse la parte contraria, y los aprueva, sean invalidos, è ineficaces, como hechos a non habente potestatem.

524 A lo tercero se responde; que si la alegacion contraria quiere, que la relacion se entienda hecha a los vinculos de la Capitulacion Matrimonial de Don Iuan Quarto, con Doña Isabel de Espès, no nos estarà mal, porque los vinculos desta Capitulacion son los mismos en substancia, que los de la Capitulacion de D. Luis Segundo con Doña Beatriz de Alagon, y los vnos, y los otros son de agnacion rigurosa: y aunque en la Capitulacion de Don Iuan Quarto se reserva Don Luis Segundo su padre, el Lugar de Castelnou, pero despues, en su testamento, por la clausula relativa que he ponderado, y por virtud de su relacion, vincùla todos sus Castillos, Villas, y Lugares; y assi el de Castelnou, cõforme a los vincu-

culos de la Casa, y renuncia la reserva que avia hecho de Castelnou, en la Capitulacion de Dō Iuan Quarto su hijo, con Doña Isabel de Espès, y los sugeta a los vinculos de agnacion rigurosa, que en dicha Capitulacion de Don Iuan Quarto, estàn puestos, y establecidos, con que por qualquiere camino encuentra cō vn escollo, & *incidit in scylam cupiens vitare carybdim*. A lo quarto, y vltimo se responde, que Castelnou està vinculado, no por los asser-tos vinculos anteriores, y fantasticos, sino por los de rigurosa agnacion, como se ha dicho, y assi no pudieron suceder en èl las nietas de Don Luis Segundo, y menos los descendientes de dichas nietas.

§. XI.

DE LA PROPOSICION DE LAS mejoras de las Casas principales del Estado, sitias en esta Ciudad de Zaragoça.

525 EN la primera alegacion que se escriviò por mi parte en este processo se ha fundado, que las mejoras hechas en bienes de Mayorazgo, no las puede sacar el posseedor que las hizo, con Molina *de Primoge. lib.* 1. *cap.* 26. *nu.* 15. vbi Additionat. Castillo *lib.* 5. *cap.* 65. *à num.* 85. Garcia *de expensis cap.* 16. *num.* 3. & 4. & *per totum*, & *cap.* 13. *à num.* 43. *ad* 49. Velasco *consultat.* 116. Barbos. *in l. Divortio*, §. *fin.* 1. *p. num.* 114. *ad num.* 119. *soluto matrimon.* Mieres *de maioratu, p.* 4. *q.* 33. *num.* 7. y otros muchos que estos citan.

526 Pero se intenta defender la alegacion contraria, desde el *num.* 443. hasta el *nu.* 444. y vltimo, diziendo, que dichos Autores hablan en terminos de la *l.* 46. *de Thoro*, que como contraria al derecho, dixeron algunos

que

que se devia abrogar, y que se deve restriñir al caso, en el qual, es la impensa modica: y que dicha lei, como municipal no obliga en Aragon, antes bien devemos estar al derecho comun, ex D. Sesse *decis.* 410. *num.* 36.

527 Mas todo esto tiene caval satisfacion en casi todos los Autores que tratan de esta materia, porque primeramente, el Maestro de todos quantos tratan de Mayorazgos, Luis de Molina *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 26. *num.* 15. dixo, que no solamente era justissima esta lei, sino tambien, que era conforme al derecho comun, y fundada en razon natural, refutando a quien dixo lo contrario, ibi: *Quamvis autem ea lex Thauri à prædicto insigni Doctore, & alijs rigorosa, & iniqua appelletur: æqua tamen, ac iuri, atque rationi consona pluribus visa fuit, vt apparet ex adductis à Didaco del Castillo in Glos.* 1. *& Anton. Gomez num.* 4. *& cæteris in eiusdem legis cõmentarijs, & à Ferdinand. Menchaca de succes. creat. lib.* 1. §. 5 *nu.* 13. *qui vltimus eam legem ea ratione iustam esse censet, quod Maioratus possessori non liceat rem maioratus meliorem reddere, prout etiam vsufructuario non licet.* Y mas adelante dize: *Sed mea sententia lex illa Thauri iustissima civilique, ac morali ratione fulcita est, nec eius decissio prædictæ communi Scrib. opinioni adversatur.*

528 Castillo *lib.* 5. *cap.* 65. *num.* 94. defiende tan grandemente la justificacion de esta lei, que dize: *Necessario fatendum sit d. l. Thauri* 46. *iustæ fuisse conditam, & iuxta institutorum velut manifestam voluntatem procedere, quo maioratus in futurum augeantur, habereque naturalem iustitiam, & iuridicam rationem, quæ potuit movere eius conditores, sicuti supra n.* 87. *ex aliorum multorum ratione probavi, & alios contrarium dicen-*

centes confutavi, & confuntandos nunc statuo; sic sane Alvarus Velascus in decis. 116. num. fin. illius mutata sententia quam in comment. de iure emphit. adversus l. ipsam 46. sustinuit, & maturius re cogitata (prout ipse sua voce protestatus est) legem ipsam iuste fuisse conditã asseveravit, nec esse debere in manu possessoris onerare sequentem successorem (forte pauperem) magnis expensis, & debitis. Y assi la justificacion de esta lei, la defiende in vtroque foro, el Padre Molin. *tom. 3. de iust. & iure disp. 644. per totam,* Gutierrez *practicarum qq. lib. 2. cap. 81.* Matienzo *in l. 6. tit. 7. lib. 5. novæ recopil. Glos. 3.* Garcia *de expensis cap. 16. per tot. & cap. 13. a num. 43. ad 49.* y otros, quos congerit Castillo *d. lib. 5. cap. 65.*

529 Y assi dize el doctissimo Iuan Gutierrez, hablando de dicha lei 46. de Toro, que no es correctoria del derecho comun, sino declaratoria, *lib. 2. practicar. q. 82. n. 2.* ibi: *Verius est nostram legem non esse iuris communis correctoriam, sed potius declaratoriam, vt sunt generaliter omnes leges Thauri, vt constat ex earum proœmio, cum conditæ sint ad extirpanda dubia, quæ communiter in hijs Regnis contingebant; ita generaliter loquens concludit Burgos de Paz in Proœm. ll. Thauri, num. 43. & in l. 3. Thauri n. 37. quem sequitur Molin. de Hisp. Primog. lib. 3. cap. 6. n. 24. quos alij Thauristæ sequuntur.*

530 O sino veamos, a que Fuero, ù Observancia de nuestro Reino es contraria esta lei 46. de Toro, y à que parte del derecho comun se opone, y la corrige? A ninguna; porque a la *l. Domos hæreditarias, ff. de legatis 1.* cũ traditis à Fusario, *q. 669.* que parece superficialmente contraria, responde Molin. *de Primog. d. lib. 1. cap. 26. num. 15. vers. Quod glossa,* ibi: *Quod Glossa in d. l. emptor. Nec his quæ dicunt DD. in d. l. Domos hæreditarias,*

rias, non adversatur, si enim bene consideretur eorum dicta nullus eorum loquitur in fideicommissario, qui restituere tenetur; sed in eo, qui debet rem liberam retinere, qui iustissimum est, ut stimationem solvat cum res ipsa libera apud ipsum, & eius hæredes perpetuo remanere debeat, quæ ratio in fideicommissario, qui alij restituere debet non militat. Siguenle Gutierrez, Garcia, Anton. Gomez, Pinelo, y otros, que refiere Castillo *d. cap.* 65. *n.* 85. Luego no es correctoria, sino declaratoria del derecho comun dicha lei 46. de Toro: Tampoco se opone a ningun Fuero, ni Observancia del Reino: Luego si dicha lei de Toro tiene fundamentos juridicos, y justicia natural, in sui ratione se ha de observar vbique terrarum, en donde lo cõtrario no estè por lei particular establecido.

531 Pruevase la consequencia; porque faltando el Fuero, se recurre al sentido natural, y a la razon natural. Asi lo dize Molino *in verb. Fori Aragonum in principio, ex cap. consuetudo* 1. *dist.* & alijs Portoles *in d. verbo, num.* 2. porque el derecho comun en este Reino, en tanto tiene fuerça, en quanto ratione, & iustitia naturali fulcitur, Morlanes *in responso pro Regno,* 1. *p. num.* 88. & 89. Martinez *in alio pro eod. num.* 236. Ramirez *de l. Regia*, §. 21. *num.* 27. y asi vemos, que faltando disposicion Foral, se recurre, y se puede, y deve alegar qualquiere Fuero, ò Lei, aunque estè derogada, y corregida, si se funda en razon, y equidad natural, porque esta nunca se entiende corregida, ni derogada, Molino *in verb. Fori, vers. Circa Foros correctos, fol.* 156. *col.* 4. vbi Portoles *num.* 67. *ex Glos. in cap. Novit. verb. quicumque*, vbi Decius, Panormita. & alij *de iudicijs*, y la razon natural aqui, y en Castilla, y en todo el mundo es vna misma, Surdus *de alimentis tit.* 1. *q.* 28. *num.* 9. & *q.* 44. *n.* 12.

& q.

& q. 45. nu. 58. Caldas Pereira *de empt. & vendit. cap.* 1. *num.* 7. Magonius *de recta patrocinandi ratione, cap.* 3. *num.* 3. Anton. de Amato *resolut.* 10. *num.* 100. Y si el Fuero contrario, y derogado se deve observar en este Reino in sui ratione, aunque no in sui dispositione, segun Molin. *d. vers. Circa Foros correctos*, mucho mejor la lei 46. de Toro, q̃ no es derogatoria del derecho comun, sino declaratoria, como se ha dicho con Gutierrez *d. lib.* 2. *Practic. q.* 82. y otros, porque aunque in sui dispositione no nos obligue en este Reino, por ser lei particular y municipal de Castilla, extra cuius territorium, no tiene fuerça su disposicion: pero in sui ratione naturali nos obligarâ a seguirla, y observarla, como al mismo derecho natural, iuxta textum *in l.* 1 *ff. de iustitia, & iure*, y aquel lugar de San Pablo *in epist. ad Romanos cap.* 2. ibi: *Gentes quæ legem non habent naturaliter ea quæ legis sunt faciunt.*

532 Veamos aora, si la lei 46. de Toro està fundada en equidad, justicia, y razon natural. Dos razones naturales, y juridicas, son dos fortissimas columnas que la sustentan; Pero antes de aplicarlas, es digno de ponderacion lo que dizen los DD. que la tratan, y es, que seria la mayor injusticia, y la mayor iniquidad que el posseedor del Mayorazgo pudiera sacar las mejoras que hizo, que es dezible; Molina *d. lib.* 1. *cap.* 26. *nu.* 15. ibi: *Iniquissimum enim esset, quod is qui succedit in re fideicommisso subiecta, qui tempore mortis tenetur illam alteri restituere, solvere teneretur, id quod alter, qui etiam per tempus vitæ suæ illam possedit, fructusque eiusdẽ percepit, expendit.* Copiale las mismas palabras Gutierrez, *d. lib.* 2. *q.* 81. ibi: *Iniquissimum enim esset, &c.* Y Castillo *d. lib.* 5. *cap.* 65. *num.* 85. ibi: *Et ideo æquum visum non est,*

quod

quod is succedens teneatur melioratione͂ solvere. Ario Pinelo *in l. 1. 2 p. n. 71. fol. 59. col. 3. C. de bon. mater.* dize: *Sæpè enim cōtingit, vt maioratus ex dispositione iuris, vel instituētis ad vnū pertineat, possessor autē reliqua sua bona alij relinquat* (Esto es al pie de la letra, lo q̄ en nuestro caso ha sucedido, porque el Señor Duque D. Francisco Christoval, vltimo posseedor, dexò heredera de lo libre a la Excelentissima Señora Doña Francisca Pinôs y Fenollet su muger, que es la que pide las mejoras) *tunc enim iniqum esset compellere successorem ad solvenda eaque antecessor expēdit in rebus maioratus, in quibus ipse successor non plus iuris consequitur:* Anton. Gomez *in d. l. 46. Thauri, num. 4. fol. 219. col. 2.* dize: *Et esset valde iniqum, quod pro tam brevi tempore, vel momēto quo res esset penes eum duratura, teneretur magnos sumptus, & expensas solvere.* Y Matienzo, Garcia, el Padre Molina, y casi todos los q̄ la tratan esta materia, dizen lo mismo.

533 La primera razon natural, y fundamental desta resolucion, la diò Molina *de Primogen. d. lib. 1. cap. 26. num. 15.* ibi: *Posset enim esse, quod esset maior valor ædificij quam fructuum quos in vita sua percipere deberet, sicque per indirectum omni maioratus emolumento privaretur* (y esto seria en Aragon contra el Fuero *vni. tit. Quod in factis vsurarum, &c.* vbi quod vna via permititur alia prohiberi, & frustrari non debet.) *Ad quod inconveniens vitandum iustius, ac æquius visum fuit legislatoribus, vt is qui in re maioratus aliquid expendit, expensas non recuperet, quam quod eas solvat is qui ædificia non fecit cum idem ius vterque in re maioratui subiecta habeat, eademque emolumenta percipiat;* y en suma se destruiria indirectamente la fundacion del Mayorazgo, y la carta, y la letra que le establece, contra la obser-

van-

vancia rigurosa, q̃ nos obliga a guardarla en este Reino.

534 La segunda razon la diò el mismo Molina *d.n.* 15. mas adelante, ibi: *Quod alia etiam apertissima ratione fulcitur, si enim maioratus successor expensas ædificiorum solveret, vtique illas à sequenti repeteret, & ille sequens ab alio, & alius ab vlteriori, & sic in infinitum procederet repetitio. Non enim esset dabilis maior ratio in vno, quam in altero, quod tollerandum non est. Infinitas enim est vitanda l. fideicõmissa, §. qui decem, cum similibus, ff. de legatis 3. absurdumque, quod ex hoc contingeret vitandum etiam est*, cui circa infinitatem vitandã, iungendus est Barbos. *axiomat.* 125. circa absurdum *axiomat.* 2. y ambas razones las confirmò, è ilustrò Castillo *d. cap.* 65. *n.* 85. cum alijs DD. qui eas sequntur.

535 Otra tercer razon adelantò Pinelo *in l.* 1. 2. *p. num.* 71. *fol.* 59. *col.* 3. ibi: *Et aliter aperiretur via fraudibus, quia possessor amplæ expenderet in odium, & onus futuri successoris, cui aliquando difficilimum, & quasi impossibile erit magna melioramẽta solvere contra æquitatem quam considerat Jureconsultus in d. l. si servos* 25. *ff. de pignor. actione, & in l. in fundo* 39 *ff. de rei vendic.*

536 Y esta resolucion procede generalmente en qualesquiere reparos, y mejoras, vt tenent relati à Castillo *d. cap.* 65. *nu.* 88. donde dize averse juzgado asi muchas vezes: y en el *num.* 90. responde deverse entender, ora las mejoras sean modicas, y parvas, ora sean grandes, ibi: *Nonum quoque non obstat argumentum, nam contrarium, imò quod decisio d. l.* 46. *non sit restringenda ad casum in quo impensa facta in rebus maioratus sit parva, imo procedere, etiam quando fuerit magna, & excessiva, & ex ea resultet notabilis vtilitas perpetua successoribus maioratus constanter asseveravit Barbos. in l.* 1. *d.* 1. *p.* § *fin.*

num. 116 *ff. soluto matrimon. qui concludenti argumento id comprobat, videlicet, quia lex ipsa loquitur de impensa facta in Castro faciendo, item constituendis muris oppidi, vel Civitatis, vel in amplianda, vel reficienda domo principali maioratus; quæ omnia sine magna impensa fieri non possunt, vt per se patet, & probat l. in his, & ibi Platea in 6. Notabili. C. de Prædijs Naviculariorum lib.* 11. *& id ipsum repetit, & sequitur Pater Rebellus de obligat. iustitiæ* 2. *par. lib.* 7. *de expensis, quæst.* 9. *sect.* 3. *num.* 22. *fol.* 560.

CONCLVSION, Y EPILOGO.

537 DEzia el Principe de los Filosofos (Señor Ilustrissimo) *lib.* 2. *Topicor.* que se ha de hablar como muchos, y saber como pocos, *loquendum est, vt plures, sapiendum est, vt pauciores*; No dixo, que se ha de hablar mucho, ni escriuir mucho; porque a los doctos Iuezes, les desagradan las alegaciones prolixas, en tanto grado, que dixo Gerardo Mazolio *cons.* 41. *nu.* 45. que suelen passar por ellas, como ratoncillos por abrojos, *sicut musipulæ super tribulos*; bien libre estarà mi alegacion desto, por la grãde justificacion de V.S.I. pero dixo Arist. *como muchos*, esto es, *sic apte dicere, vt legentibus possis concepta vota suadere.* Ex Casiodoro *in Præfat.* y en esto reconociò grã dificultad el mismo Casiodoro *super illud Psalmi. Dixi custodiam*, ibi: *Difficilis res est in lubrico faucium constitutam veritatis rigide tenere mensurã*; Mas si la equidad de V. S. I. mira la obligacion, en que me ha puesto mi clientulo, no hallarâ palabra ociosa, ni superflua en todo este dilatado discurso, porque segun S. Gregorio *lib.* 7. *Moralium*: *Otiosum quippè verbum est,*

quod

quod aut iuste necessitatis, aut intentione piæ vtilitatis caret. Y la necessidad de responder a vna alegacion tan larga como la que en contrario se ha escrito , y la vtilidad de librar a la verdad de las sombras con que la ofusca ; han sido estimulo , para que mi corto caudal emprendiera vna fabrica tan grande ; quisiera yo que tuviera aquel prodigio admirable de las Pyramides Memphiticas,de las quales dize Casiodoro *lib. 7. epist.* 15. que heridas de los rayos del Sol,no haziã sombra: *Pyramides in Ægypto,quarum in suo statu se vmbra consumens,vltra constructionis spatia nulla parte respicitur*: mui proprio simbolo de la justicia,que bañada en la luz de la razon , no haze sombra,ni agravio a nadie: Esta ha sido mi intencion,valgale el sagrado de la clemencia de V. S. I.

538 Reducese el assumpto a dos partes principales: La primera se subdivide en treinta y dos Paragrafos,en que se funda la inclusion de mi parte, y exclusion de la contraria, y se corona con la satisfacion,ò respuesta a lo que exadverso se dize. La segunda demuestra, quan vanamente se pretende, que la sucessión de estos Estados , aya de discurrir por via de Mayorazgo regular,como fundado antecedentemente en vnos assertos titulos,a los quales,en diez Paragrafos se responde, y en el onze , y vltimo,a la proposicion de las mejoras.

§.1.*pag.* 5.*num.*1. 539 En la 1. *p.* §.1. se resume el hecho de la Capitulacion matrimonial de Don Luis Segundo con Doña Beatriz de Alagon, del año 1513. en la qual,Don Luis Primero,libre señor de estos bienes,funda vn Mayorazgo agnaticio , llamando a

los

los descendientes varones de varones, y por preludio se supone, que el fin de la fundacion de los Mayorazgos, es el conservar el esplendor de la agnacion, que los agnaticios son favorables, como cōformes al derecho divino, natural, y possitivo: Que en la question an appellatione masculorum descēdentium contineantur solum agnati, ai tres opiniones, y que todas se concilian, y componen quando tacita, ò expressamente se ha contemplado la agnacion, como en nuestra caso.

§.2. Coniect. n. 13 pag. 15. 540 Manifiestase en la natural propension, y afecto, que cada vno tiene a su semejante, y en la que tuvo Don Luis Segundo, a los que tenian su misma calidad, y nobleza derivada por recta linea masculina del tronco agusto del Serenissimo Señor Rei Don Iaime el Conquistador.

§.3. Coniect. 2. n. 19. pag. 19. 541 Y porque vn Mayorazgo tan lucido, cōpuesto de tantos Castillos, Lugares, y vassallos, cō jurisdiccion, y titulo de Duque de Yxar, y Conde de Belchite, no es imaginable, se le diera al que no fuesse de la nobleza, y agnacion de Fernandez de Yxar, pues vn rico patrimonio es otra sangre, otra naturaleza, y otra agnacion, que ni se adquiere por las hembras, ni se conserva por otros que por los varones.

§.4. Coniect. 3. nu. 25. pagin. 22. 542 Ni pudo tener otro fin, quando llamò tan repetidas vezes a *sus descendientes masculos*, en opinion de los Autores de mejor censura, y en el sentir de los mas graves Tribunales del Orbe.

§.5. Coniect 4. n. 32. pagi. 26. 543 El blanco, a que derechamente tirò fue, siempre al esplendor de su agnacion, y acertô en èl, excluyendo a las hembras, ilegitimos, y Religiosos

§.6.Con- ieɫ.5. n. 34. pagi. 28. ſos, pues por eſtos no ſe conſerva la agnacion, ni el luſtre de las familias a que aſpiran las perſonas Nobles.

§.7.Con- ieɫ. 6.n. 35. pagi. 29. 544 Previniendo la comodidad de ſus hijas, quando las dota, quiere que ſe den por contentas; y que ni ellas, ni ſus deſcendientes anhelen a la ſuceſsion de eſtos Eſtados.

§.8.Con- ieɫ.7. n. 36.pagi. 30. 545 El llamar a los hijos maſculos, y deſcendientes maſculos de aquellos, no ſe queda dentro de la esfera de conjectura, ſino que tranſciende a la expreſion de la agnacion, pues la diccion *de*, es letra clara, que ſegun ſu proprio, y natural ſentido, que en Aragon deve obſervarſe, denota la cauſa inmediata.

§.9.Con- ieɫ.8. n. 38. pagi. 32. 546 La clauſula: *E aſsi, de vno en otro, en todos los caſos que acaeceràn*, como regla, y norma de los llamamientos, igualmente influye en todos, y es letra expreſſa, y comprehēſiva de los agnados, porque ſi el *vno*, que ſucediò lo era, como preciſſamente lo devia ſer; *el otro*, tambien avia de tener la miſma calidad, pues la diccion *alius*, de ſu propria, y ſignificativa naturaleza, es repetitiva de la miſma qualidad.

§.10.Cō- ieɫ.9. n. 40. pagi. 34. 547 La diſcrecion, y diferencia con que hablò el fundador de los deſcendientes varones de varones, y de los deſcendientes varones de hembras, ſin mezclar, ni confundir a eſtos con las ſubſtituciones de aquellos, haze indubitable, y evidēte el llamamiento de los deſcēdientes varones agnados, con diferencia de los cognados.

§.11. Cō ieɫ.10.n. 42. pagi. 36. 548 El abſurdo intolerable que ſe ſeguiria de no entenderſe contemplada la agnacion; pues los

 hi-

jos de las nietas excluidas estarian llamados en primer lugar, y los hijos de las hijas predilectas nombradas, y llamadas en esta escriptura se admitirian en septimo lugar, violentando el juizio humano a creer, que el fundador turbò el orden natural de caridad, y afeccion para con los suyos nos necessita a entender, que quando llamò a sus descendientes masculos de masculos, por evitar tan grande absurdo, solo llamô a los agnados.

§.12. Cō iect.11.n 45. pagi. 39. 549 La cōprehension de nietas, debaxo el nombre de *hijas*, que no se restriñò a vna sola, sino que generalmente hablò de todas quātas podian tener sus cinco nietos, de qualquiere matrimonio q̄ fueran, y en materia de Mayorazgo perpetuo, y cierto, es vna premissa, cuya necessaria consequencia es la agnacion; porque si los hijos, y descendientes de las hijas, y nietas de Don Luis Segundo, y de sus demas hermanos estàn llamados en vltimo lugar: en el primero, en que llama a los descēdientes masculos de masculos, forçosamente lo han de estar solos los agnados.

§.13. Cō iect.12.n 48. pagi. 41. 550 El gravamen de nombre, y armas, impuesto solamente a las hijas, a sus maridos, y descendientes, y no a los descendientes varones de varones, fue otra cosa, que en falta de la agnaciō verdadera, buscarla artificiosamente?

§.14. Cō iect 13 n 52. pagi. 43. 551 Si sola la palabra *masculos*, que proferida vnica, y sencillamente, sin otras circunstancias, y sin mas conjecturas, en opiniō de mas de 65. Autores gravissimos que se alegan, es literal, y vrgentissima conjectura de agnacion: quanto mas lo serà en el caso de nuestra escriptura, en que se repite

mas

mas de quarenta vezes la qualidad de la masculinidad, y no como quiera, sino llamando a los hijos, y descẽdiẽtes masculos de aquel, y de aquellos.

§.15. Cõiect. 14. n 55. pag. 46. 552 El aver encabeçado el fundador los llamamientos, y dadoles principio en cinco descendientes masculos, y agnados suyos, es suficientissima declaracion de su animo.

§.16. Cõiect. 15. n 57. pagi. 48. 553 El substituir a los descendientes masculos como hijos de personas sucessibles, como quã do en falta de estos, y de las hijas, llama a los hijos de las hijas, hijos entonces yà de personas sucessibles; necessariamente supone, que los descendientes masculos han de ser hijos de otros varones sucessibles, y por consequencia agnados.

§.17. Cõiect. 16 n 60. pagi. 49. 554 La mayoria de razon que milita en la exclusion de las niet a, y de los hijos varones de las nietas de Don Luis Segundo, que en sus hijas, por descender aquellas ex radice infecta, està fundada comunmente en favor de la agnacion.

§.18. Cõiect 17. n 64. pagi. 52. 555 La caducidad que el instituyente prohibe manifiesta su voluntad en conservar la trãsmission de vn masculo a otro, nõ per saltum, sino por medio apto para obrar la transmission, y la hembra excluida no lo es, y assi quiso lo fuera otro varon inmediato, que es el que podia transmitir la sucession, y consiguientemente que el sucessor fuera agnado.

§.16. Cõiect. 18. num 67. pagi. 55. 556 En las condiciones impuestas a la substitucion de Don Alonso se declara mas el instituyente, porque alli quiso, que los descẽdientes masculos que faltaran, para que entrara Don Alonso fuerã hijos de otros masculos, y assi agnados, porque

que avian de ſer hijos de los hijos de Don Luis Segundo, todos varones: y como faltaron los hijos de los hijos de Don Luis Segundo, entrò la linea de Don Alonſo, y quedò la primera excluida por falta de agnados.

557 La razon, por la qual excluyò a las hembras, milita igualmẽte en el hijo, que en la madre: no fue el ſexo, porque no fue la excluſion temporal, ſino perpetua: Luego lo fue la agnacion.

558 La digreſsion a muchos grados, y ſubſtituciones de maſculos de maſculos, la perpetuidad q̃ deſeò el Inſtituyente en la ſuceſsion de los varones de varones, la prohibicion de agenar en otros, que en maſculos de maſculos, la veroſimilmente del Fundador, la neceſsidad que le obligò a ſubſtituir a las hembras, y a ſus deſcendientes mas que el afecto, el ſentido natural de las palabras *maſculos de maſculos*, con el precepto de obſervarle riguroſamente a la letra, el comun deſeo, y natural voto de conſervar el eſplendor de la agnacion, el aver llamado quantos agnados tenia el inſtituyente al tiempo que otorgò eſta capitulacion, el no aver llamado *a todos, y qualeſquiere maſculos*, condiciones vniverſales, el ſer la contemplacion de la agnacion mas conforme a derecho, con que ſe deve preſumir averſe conformado el fundador, la miſma fundacion, y orden del Mayorazgo, todas ſon conjecturas vrgentiſsimas de agnacion, y por mejor dezir, letra expreſſa que la contempla, y la requiere, conforme a buena Iuriſprudencia, a doctrinas ciertas, ſeguras, y canonizadas en graviſsimos Tribunales.

§.20. Cõiect.19.n 72. pag. 59.
§.21. Cõiect.20. n 75. pagi. 61.
§.22. Cõiectu.21. n.77.pag 63.
§.23. Cõiect.22.n 78.pagi. 64.
§.24. Cõiect. 23. n.80.pag. 66.
§.25. Coniact. 24. n.83.pag 68.
§.26. Cõiect.25 n 86 pagi. 72.
§.27. Cõiect.26.n num. 90. pag. 76.
§.28. Cõiect. 27. n.93.pag 78.
§.29. Cõiect.28.n 96.pagi. 80.
§.30. Cõiectu.29. n.98.pag 82.
§.31. Cõiect.30 n. 101.p.85.

559 La

§ 33. De Coniectu ras en co mun, n. 1. 104. pag. 88.

559 La agnacion està expressa en dicha escritura, porque la expresion, no solamente consiste en la corteza de la palabra *agnados*, pues sin este, puede aver otros muchos modos de expressarla, y expresso tambien se dize lo que se colige de conjecturas, y en opinion de muchos, basta vna sola para inducir vn Mayorazgo, quanto mas para presumirle agnaticio, como lo tienen por constante los DD. en el caso que se disputa: siendo tantas como se han ponderado, es materia indubitable, aunque fueran leves, y ligeras, quanto mas siendo tan vrgentes; y aunque aya Estatuto de estar a la carta, en Aragon se ha juzgado assi muchas vezes assi en esta Corte, como en la Real Audiencia, y en los Tribunales de otras Provincias: en la opinion mas estrecha, comenzãdo el vinculo por los agnados a pocas, y ligeras conjecturas de agnacion, se respõde por ella, en Aragon, y en qualquiere parte, porq̃ esta es comprehension, y no extension de la letra.

N. 124. pag. 107.

560 Respondese a la alegacion contraria, con relacion a lo dicho, no le basta el negar la contemplacion de la agnacion, sino que deve provar con vrgentissimas, y literales conjecturas que el fundador solamente atendiò a la sencilla masculinidad, y no se alega ninguna que lo sea, porque el aver intervenido Doña Guiomar en esta capitulacion, no siendo los bienes suyos, no es de encuentro, y aunque lo fueran, no concluye, porque las hembras pueden desear la agnacion de sus maridos, y que la deseen, se funda con puntuales doctrinas. El argumento ab absurdo vitando, se retuerce; como tambien el que infiere del axioma, si vo-

N. 127. pag. 110.

N. 232. pag. 114.

luisset expresisset, el qual es fragilisimo. Satisfacese a Suelves *conf. 5. semicent.* 2. que es el que le haze el gasto a la contraria alegacion, y se responde a las consideraciones de su intento.

N. 137. pag. 119.

§. vltim. Excluyese la reintegraciō, nu. 141. pag. 123.

561 Y aunque el Mayorazgo no fuera agnaticio, sino de simple masculinidad, no le podia aprovechar al señor Don Iaime; porque quando murio el Excelentisimo señor Don Christoval vltimo Duque, su abuelo materno, aun no avia nacido el señor Don Iaime, ni avia varones de aquella linea, en los quales se pudiera continuar la sucession, y asi passô a la siguiente linea, quedando la primera perpetuamente excluida, sin que despues, por el nacimiento del señor Don Iaime, se pudiera reintegrar; fundase en las clausulas, y letra clara del Mayorazgo, en las reglas Forales, y juridicas, y en la opinion mas cierta de los DD.

Parte 2. nu. 159. pag. 136.

562 En la segunda parte se excluye el pretenso Mayorazgo regular, discurriendo sigilatim, por cada vno de los titulos con que la parte contraria lo esfuerça, los quales no quitaron a Don Luis Segundo, la libertad que tenia de disponer en su capitulacion matrimonial el Mayorazgo agnaticio.

§. 1. nu. 160. pag. 187.

563 El Mayorazgo de prescripcion inmemorial, es quimera, pues contra los que in infinitum pueden nacer, y no han nacido, es imposible, que corra prescripcion alguna; la costumbre no se ha provado como devia, ni deposan los testigos que en fuerça de ella se sucediera por las reglas del Mayorazgo ordinario: a mas, de que tiene principio cierto en Don Pedro el Señalero, no solo respecto la casa material, sino de la formal, sin que le pueda

su-

sufragar el averse dismembrado estos bienes de la Corona Real, la qual dize deferirse por via de Mayorazgo ordinario, porque esto no es cierto, antes bien en Aragon se defiere por Mayorazgo agnaticio, y el Señor Rei Don Iaime en su testamẽto hizo Mayorazgo de agnacion. En los otros Reinos, se sucede por derecho de testamento, y no por derecho de sangre, ni de Mayorazgo, y quidquid sit, de esto en la Corona Real, milita diferente razon, que en las Casas particulares, en las quales, en Aragon, no se conoce el derecho de Primogenitura, y aviendo passado estos bienes en vn particular, aun q̃ ayan sido de la Corona Real, han perdido la qualidad, y privilegio de Realencos, a mas, de que si antes de dismembrarse estuvieran sugetos a Mayorazgo, no podria el Señor Rei, en perjuizio de los successores de su Corona agenarlos.

564 La inmemorial no se alega como declarativa, sino como introductiva de Mayorazgo, y asi de tiempo cierto, aunque sean trecientos años, no basta: Los testigos no concluyen della; con escrituras es incompatible, y las que se exhiben en este processo no solamente no son conformes, sino que le son contrarias: y se interrumpiô en Doña Elena de Yxar, en Don Luis Tercero, y en Doña Rafaela, y a lo que contra esto se dize, se satisface plenissimamente.

N. 188. *pag.* 159.

§. 2. *De la nulidad del testamẽto del Señalero, nu.* 208. *pag.* 174.

565 El asserto testamento del Señalero es nulo, por veinte y seis razones fundamẽtales. Hazẽse quatro preludios, y suposiciones necessarias en hecho, y en derecho. La antiguedad del tiẽpo, y tardãza en registrarle lo haze sospechoso; el no averse re gis-

gistrado enteramente, lo haze nulo, porque le faltan quinze lineas de vn pergamino mui ancho, y consta, que estàn inlegibles, y el Iuez deve hazer juizio entero de la verdad de vn instrumento, en todo y por todo, segun las leyes de nuestro Reino, y en el asserto testamento es imposible. La verdadera inteligencia dèl, necessariamente depende de todo su contexto, aviendo dudas, y dificultades, como en el presente, es precisso el leerlo todo: si no se puede enteramente leer, no puede valer. El Señalero quiso esto mismo, por vna clausula de dicho testamento: no està producido en su primer figura, antes bien està desfigurado: era necessario el producirle enteramẽte; de otra manera se seguirian mil absurdos: Estando vna escritura defectiva, se ha de suplir, y en nuestro caso no es possible: La fè de qualquiere instrumento es individua; la del testamento sin disputa; no se puede en parte executar, y en parte no; ni por vna parte valer, y por otra no valer: en derecho es, cõclusion cierta, en Fuero mucho mas, y siendo individuos, si en parte no pueden valer, ni en todo. Los instrumentos, y testigos se parifican, si estos diminuta, y imperfectamente deposan, no pruevan, en los instrumentos es lo mismo.

N. 282. pag. 213. 566 El asserto testamento està viciado, y estâmos en el caso de la regla de la *l. fin. C. de ædict. D. Adr. Toll.* y no en los de sus limitaciones, y assi no se le puede dar la possession al que la pide en fuerça dèl. El lugar substancial del testamento, es qualquiera parte de su disposicion, y mas en este Reino, en donde vale, sin institucion de heredero; el vicio que se halla en qualquiere parte substancial influ-

ye nulidad en todo. Tantas lineas como faltan, no se pueden adevinar, ni colegir ex antecedentibus, & subsequentibus, porque corre evidente riesgo en pervertir la voluntad del testador; y assi en este caso, el testamento defectivo es nulo: el defecto, y vicio del asserto, no se puede suplir con nota original, como se deve, segun la observãcia del Reino, porque no tiene nota, y si alguna ay, aquella està viciada, de la misma manera que el extracto: el Notario que le trãsumptò, protestò que tenia que suplir, pero es impossible el executar su protesto, y de otra manera, lo es tambien el que valga, porque en los testamentos no se suple lo que con los ojos corporales no se lee: Por aquellas lineas defectivas no se sabe; si el testador tenia absoluta deliberaciõ de testar, porque alli podia aver condiciones, cuyo defecto destruyeran toda la disposicion: y alli podia estar la inclusion de mi parte, y exclusion de la contraria. La falta del Lugar en que se dize averse testificado, es nulidad insanable: el nò averle comprovado el sucessor de las notas con su original, el defecto de comissión de dichas notas, todos son vicios que no los puede remediar el tiempo.

Nu. 316. pag. 235. 567 A mas desto se registrò sin citar a la parte interessada, constandole al Señor Lugarteniente, q̃ le mãdò registrar de todos estos defectos, y q̃ el registrarle, podia ser materia de gravissimo perjuizio: Y en esta Corte, no ai costũbre de registrar instrumẽtos inlegibles, defectivos, y viciosos, como sino tuvierã vicio alguno, sin citacion de parte; y aunq̃ aya costũbre de registrarlos sin citar al interessado, es de los instrumẽtos legibles, perfectos, sin vicio,

ni deformidad alguna: La costumbre es de estrecha interpretaciō no se estiende de vn caso a otro: Siendo el registro nulo, tābien lo es el trasumpto, como extracto de raiz infecta: y aunque el registro fuera valido, y comprehendiera dicha costumbre nuestro caso, la extraccion del transumpto, no se podia hazer conforme à Fuero, sin citar a la parte interessada, porque era materia de perjuizio: en vn juizio sumario, y executivo, como este, no deve passar el Iuez à averiguar lo intimo del testador, ni à suplir los defectos del testamento con interpretaciones de lo antecedente, y subsiguiente: y siendo el vicio visible, y patente, mientras aquel no se purga, el Iuez, ni deve ayudarle, ni darle execuciō: El decreto que le mandò registrar, fue para vn fin imposible, pues fue para que se le diera plenaria fè al asserto transumpto, y no estando aquel entero, sino defectuoso, no es tratable. Los testamentos que no estàn sacados en publica forma, no merecē execucion, y el pretēso no lo està, sino *prout iacet*; ni el Actuario lo sacò como lo mandò el Señor Lugarteniente. Para que vn instrumento tenga execucion aparejada, ha de estar tan perfecto, que el Iuez no tenga la menor duda de su valor: V. S. I. las tiene gravissimas acerca del asserto: vna sola centella ofusca el caso manifiesto, y retarda su averiguacion a vn juizio ordinario. El caso presente se està ardiendo en disputas, sobre la nulidad, ô valor del pretenso testamento, como sino fueran claras sus nulidades; luego estas disputas no son de este juizio.

568 Hasta aqui se han resumido las princi-

pa-

pales razones, y nulidades que destruyen el asserto testamento, fundadas en Fueros, y Observancias del Reino, en textos, y disposiciones de derecho clarissimas: en doctrinas puntuales, decisiones de gravissimos Senados: Todo lo qual le haze

Nu.339. pag.254. notoriamente nulo: Despues de esto se responde à algunas objepciones que se nos hazen cõ muchas y diferentes respuestas, a la de la observancia impugnada, y litigiosa, a la falsa assercion (salva pace) del Señor Lugarteniente que le mandò registrar. A la asserta, incierta, vaga, y limitada ratificacion del asserto testamento. A la antiguedad del tiempo, con que todo lo quiere suplir la alegacion cõtraria, en cuyas reglas no cabe nuestro caso.

§.3.num. 359.pag. 268. 569 Y aunque el asserto testamento del Señalero valiera, no se pudieron vincular en èl estos Estados, porque a Don Alonso su hijo, le dexò por derecho de legitima las mitades de Belchite, y de la Puebla de Alborton, y assi sobre estos bienes expirò el vinculo, pues Don Alonso cumpliò los 20. años, fuera de los quales no se le puede imponer gravamen en la legitima, conforme al Fuero, y al derecho, aunque se den otros bienes vltra de la legitima en la mas segura opinion, y aunque el hijo muera abintestato, por ser transmisible a sus herederos el derecho de remover el gravamẽ de la legitima, cuya transmision, no ay Fuero q̃ la prohiba, antes bien le es mui conforme: heredero de Dõ Alonso es mi parte, y pide en este processo q̃ se remueva este gravamen, y se quite el asserto vinculo.

Nu.368. pag.274. 570 La Villa de Yxar, la Puebla de Vrrea, Lugar del Frago, y Aldea de San Quintin, tampoco

pu-

pudo el Señalero vincularlos, porque nueve años antes que testàsse, avia hecho donaciõ de estos Lugares al Señor Rei Don Iaime su abuelo, en recõpensa de cinquenta Cavallerias que le avia prometido su Magestad, dandole por fianza a la Señora Reina Doña Blanca su muger: La donacion està provada: sobre Belchite, Lezera, ni Almonacil de la Cuba, tampoco pudo caer dicho vinculo, porque antes del año 1360. fueron estos Lugares de los Condes de Luna, cuya hija casò con el Señor Rei Don Martin, el qual los dexò a Don Fadrique de Aragon, de quien los confiscô el Señor Rei Dõ Alonso el V. y despues los vendiò a la Señora Reina Doña Maria su Muger a carta de gracia el año de 1431. la qual el año siguiente los vendiò a Don Iuã de Yxar, con loacion del Señor Rei su marido, y carta de gracia a su favor, y el Señor Rei le vẽdiò el ius luendi el año de 1438. a Don Iuan. Todo esto se prueva con testigos, y actos instrumentales: El Señalero muriò por los años de 1318. estos bienes entraron en esta familia el de 1432. y el de 1438. y assi no siendo patrimonio suyo al tiempo de su muerte, no los pudo vincular. La prueva q̃ se trae en contrario a esto, no es buena, y padece muchas excepciones Forales, y juridicas.

§. 3. *num.* 359 *pag.* 268. 571 Y aunque el asserto testamento, y vinculo del Señalero valiera, devia suceder mi parte, porque no es absoluto, sino limitado, y condicional, y no estan llamados los hijos, ni descendientes de D. Alonso, sino puestos en condicion, ni ai conjecturas que persuadan su llamamiento: y quando estuvieran llamados, lo estavan por substitucion vulgar,

gar, y no por fideicomissaria: y los descendientes de recta linea masculina, y no los de la femenina, pues estos no son de linea recta. Estas tres questiones necessita de vencer la parte contraria para obtener en fuerça del asserto testamento; y a lo que en contrario se dize, se responde por mayor: y quādo el vinculo fuera perpetuo, agregaron a dichos bienes Don Luis Primero, y Segundo otros libres, y de mayor estimacion, y assi pudieron ponerle condiciones de agnaticio, como tambien pudierō declarar la palabra *descendientes*, entendiendola de los varones de varones, y agnados.

§.5.num. 393.pag. 292. De la Capitulacion de D. Iuan Segundo con Doña Catalina Veamonte, hecha en Navarra.

572 Ni en la capitulacion de Don Iuan Segundo, hijo de Don Iuan Primero el Orador, ay palabra de Mayorazgo, porque solamente se llama a los hijos de aquel matrimonio. A quien dize, que ai Mayorazgo, le toca el provarlo clara, y distinctamente, y la prueva no ha de ser persuasiva, y disputable, sino cierta, y concluyente, porque en duda vence el que alega la libertad: A las conjecturas de Mayorazgo, que ex adverso se ponderan en esta escriptura, se responde a cada vna en particular; Aunque el testamento del Orador valga, y se dè por exhibido, tampoco ay alli fundado Mayorazgo perpetuo: y quando lo huviera, es agnaticio; y si esto nos lo ponen tambiē en duda, estas dudas las pudo declarar la Capitulacion Matrimonial de Don Luys Segundo, como efectivamente las declarò.

§.6.num. 426 pag. 314. De la Capitulacion de D. Iuan Tercero, y D. Isabel de Arellano.

573 La enunciativa de la Capitulaciō Matrimonial de Don Iuan Tercero està sola, y vna sola enūciativa, ni aun in antiquis prueva, singularmente

en

en contractos, y en materia odiosa, como es esta, y estando enunciada incidenter, & propter aliud, y quando especialmente se disputa de la cosa enunciada, como al presente, es sin duda que no aprovecha, y la observancia del modo de suceder en esta Casa, no solamente no le aprovecha, sino que totalmente la destruye, y le es contraria, porque es digno de ponderacion, que desde el señor Rei Don Iayme, hasta qxe se ha incohado este pleyto siempre ha discurrido la succesion de agnado en agnado, sin que aya noticia que en tiempo alguno aya succedido hembra, ni varon descendiente por hembra, por mas de trecientos años: Los demas adminiculos con que se esfuerza dicha enunciativa son in suo genere imperfectos, y assi no aprovechan aunque concurran cien mil; vltra de que no los ay, como se ha visto en el discurso antecedente, y se le responde a la contraria Alegacion.

§. 7. *nu.* 436. *pag.* 320. *De la sentencia arbitral.*

574 La sentencia arbitral dada entra D. Luys Primero, y su madre Doña Catalina Veamonte es de menos encuentro, porque ni los Arbitros podian vincular, ni era esto lo que se comprometia: Y la enunciativa de esta sentencia no es de Mayorazgo regular, pues se podia verificar en vn fideicomisso limitado: El relato de las escrituras antiguas es obscuro, genetal, y vago: si estos bienes estavan vinculados no se pudo comprometer sobre ellos: si no lo estavan los Arbitros no los vincularen: No siendo las palabras relativas del Vinculo, tan claras que nos digan la forma, calidad, y condiciones del Vinculo, y expliquen individualmente el relato, quanto quiere antiguas que sean no prue-

van cosa alguna, mientras de aquel no consta: Aũque el hecho de los Arbitros sea hecho de las partes, pero lo que consta a los Arbitros, ò dizen que les consta per modum causæ impulsive, no es lo que consta a las partes: Y aunque in vim pacti pudiera valer lo pronunciado fuera de lo comprometido por la lohacion, pudiera proceder ad finem agendi via ordinaria, pero no por la executiva, como es la que se lleva en este processo: si los Arbitros entendieron que estavan vinculados perpetuamente, erraron in iure; porque antes de esta sentẽcia no avia vinculo perpetuo, y absoluto alguno: Ni el aver lohado el Rey esta sentencia prueva, ni obra cosa alguna, porque la lohacion del Principe siempre se entiende hecha, salvo iure partium, la qual no altera la calidad, ni muda la naturaleza del contracto.

§.8. num. 449. pag. 329. Del Titulo de Duque.

575 El Titulo de Duque no solo no es contra la pretension de mi parte, sino que manifiestamente le favorece: Porque la Magestad del señor Rey Don Fernando el Catolico lo concediò a D. Iuan de Yxar, a fin, y efecto de que la Dignidad de Duque de Yxar la tuvieron los herederos, y agnados de dicho Don Iuan, como consta de expressissimas clausulas de el Privilegio, las quales no se pueden verificar propriamente en los que descienden por hembra de esta familia, porque estos no son de la la familia, ni renombre de Yxar, sino de la familia, y renombre de su Padre: solamente se pueden verificar en los descendientes varones, y agnados de la Casa de Yxar, como lo es el Señor Conde Don Pedro Luys: Ponderanse las palabras: &

Vt

vt cognomen vestrum de Ixar non disonet; sed concordet eius nomini Ducatus &c. con otras del intento.

§.9. de la concordia de Don Iuan Segundo, y D. Luis Primero, con la señora Reina Doña Iuana, n. 458. pag. 335.

576 La Concordia de Don Iuan Segundo, pactada con la Señora Reyna Doña Iuana, y lohada despues en Yxar por Don Luys Primero, no le sufraga, porque por la lohacion no renunciò Don Luys tacita, ni expressamente el drecho que por los Capitulos Matrimoniales de su Padre D. Iuan Segundo le pertenecia libre de Vinculo, y de gravamen, con amplissima facultad de disponer dellos en quien le pareciera, y esta libertad le era de tanta importancia, quanto le fuera de grave detrimento el entender que en esta Concordia se hallara fundado Mayorazgo regular, y que por la lohacion se hallara Don Luys privado de la libertad de disponer antes que supiera que la tenia, y con las manos atadas para no poder augmentar con vn Mayorazgo tan lucido el lustre de su agnacion: sin esciencia especifica nadie se despoja de vn interesse tan grande, y Don Luys no la tuvo: Respondese a lo que dize de no ser necessaria, y con los mismos que cita la Alegacion contraria se le convence. La relacion del Testamento del Orador, le preservò este derecho a Don Luys, que como parte de esta escriptura contiene Mayorazgo agnaticio, y assi lo contiene el referente. La esciencia presumptiva no basta para la renunciacion, es necessaria esciencia verdadera: Las palabras generales no obran cosa alguna, assi se ha juzgado en los mayores Tribunales del Orbe: La clausula *ex certa sciencia*, no se junta con palabra alguna de renun-

cia-

ciacion, y aunque en esta dicha Concordia, y lohacion huviera clausulas generales de renunciacion, con dicha clausula no obrarian el menor efecto: el juramento no se estiende a lo ignorado; porque donde ay ignorancia, ay falta de consentimiento: En el Senado de Cataluña se juzgò seys vezes en mas fuertes terminos que los de nuestro caso contra la renunciacion: Defiendense las decissiones: Pudiendose referir la clausula *ex certa sciencia* a otros capitulos de la Concordia, sin riesgo de hazerse algun grave perjuizio, no es razõ referirla a vna cosa de tanto perjuizio como es la pretensa renunciacion, que ni la quiso, ni la dixo D. Luys, ni tuvo tal pensamiento: Quando la renunciacion se puede verificar en otra cosa que el fideicomisso condicional, no se deve entender deste, porque es odiosa, y se deve restriñir.

N. 482. pag. 349. 577 La general disposicion a lo inverosimil, è incogitado no se estiende, y las palabras generales por su amphibologia obran muy poco, singularmente en nuestro caso, en el qual aquella generalidad de la lohacion la declarò Don Luys del modo que se devia entender en la clausula, *si è segun empero*, la qual tiene tantas distinciones restrictivas de su naturaleza, que no permiten extension a otros, ni mas Capitulos de esta Concordia, que a aquellos que expressamente pertenecian a la potestad de cada vno de los contrayentes, y del derecho de la libertad que tenia Don Luys no se hablò en esta Concordia: A lo que se refiriò la lohacion por la virtud declarativa de esta clausula, fue a aquellos Capitulos expressados; cuyo cumplimiento pertenecia a Don Luys, como eran, el ca-

 sar-

sarse con Doña Guiomar Enriquez, el assegurarle el escrex, y el tener a Vrrea de Yxar, y a Belchite respectivamente libres para la sustētació del Estado, pero no se estendiò la lohacion a otro, ni mas.

N. 486. pag. 352. 578. Don Luys Primero pudo declarar, y declarò esta Concordia en quanto a la succession de los descendientes el modo como se avia de governar en los Capitulos Matrimoniales de D. Luys Segundo, sin contravenir, añader, ni oponerse a dicha Concordia en cosa alguna, porque en ella no ay fundado Mayorazgo regular, pues los descendientes, como llamados nomine collectivo, lo estàn por vulgar en la mas verdadera opinion, y mas estandolo con palabras Civiles, y directas, y en Aragon: sin que obsten las dicciones *de vnos en otros*, denotantes tracto successivo, porque este orden se entiende per vulgarem, singularmente siendo la institucion directa, y hallandose instituìdos nomine collectivo en las mismas dicciones del tracto successivo: Ni el estàr llamados per fideicomissariam los descendientes, es argumento de Mayorazgo, porque podian estarlo descensive, & non per reciprocam, como en los Mayorazgos lo estàn por necessaria consequencia; Particularmente no aviendo en nuestro caso notas de perpetuìdad, ni respecto alguno a la familia, ni gravamen de nombre, y armas, ni digression a otros grados de substituciones, ni prohibicion expressa, y real de agenar, y no aviēdo llamado a todos los descēdientes con expressa diccion vniversal, ni puesto otras clausulas, q̄ son argumētos de Mayorazgo perpetuo, ò qualificado, y no aviendose platicado dicho Mayorazgo regular, no solamēte en fuerça de esta

concordia, pero ni en fuerça de otra escritura alguna, pues deviendo suceder por las reglas de Mayorazgo ordinario Don Iuan Quarto, y su hija, y despues Don Luis Tercero, no solamente no suceden estos, sino que siendo menor de todos sus hermanos D. Iuan Francisco Christoval, es el que sucede.

579 La nulidad de esta concordia, el no estar exhibida en su primer figura, ni en forma provãte, ni averse hecho, ni cumplido lo que en ella se pactò, siendo el cõtracto individuo, y correspectivo, que se resuelve por falta de adimplementos, la imperfeccion que tiene por no aver sido el animo de los cõtrayentes que quedara en este estado, sino q̃ de los cabos que en ella se ajustaron, se hiziera capitulacion matrimonial, con intervencion de todos los interessados, el no aver intervenido estos, y el no averse hecho dicha capitulacion matrimonial. Todos estos son fundamentos solidos, que largamente se expenden, y eficazmente persuaden, que esta concordia, no fue mas de vn tratado, y acuerdo de hazer capitulacion matrimonial. El tratado de capitular, no es capitular, como el tratado de vender, no es vender; y assi mientras nò muestre la parte contraria la capitulacion matrimonial de Don Luis, y Doña Guiomar, ni a la parte contraria le puede aprovechar esta concordia, ni a mi parte causar perjuizio alguno, singularmẽte aviendose cautelado Don Luis en ella, por aquella clausula que dispone, que los vinculos, que el Orador puso en su testamento, restẽ en su favor de dicho Don Luis, y siendo dichos vinculos agnaticios, y no pudiendose verificar dicha clausula, sino en la facultad de optar, y libertad de disponer, que

a Don

a Don Luis se pertenecian, sin manifiesta, y evidente repugnancia, assi a las disposiciones de derecho, como a la letra de esta concordia, y a la del testamento del Orador: sin que obste lo que exadverso se dize, pues se satisface individualmente a todo.

§. 10. nu. 516. pag. 373. de la 2. proposicion de los Señores Cõdes.

580 Las Casas principales del Estado, sitias en Çaragoça, fueron de Don Iuan Segundo, padre de Don Luis Primero: confiessalo la parte adversa; y assi Don Luis Primero, como successor de su padre, pudo vincularlas a favor de sus agnados, como lo hizo, en cuyo perjuizio no pudo Don Luis Segundo, en su testamento disponer, assi lo entendiò la Real Audiencia en la sentencia del processo Ioannis Gascon: respeto del Lugar de Castelnou, con el mismo documento que trae para su inclusion, que es el testamento de Don Luis Segundo, se excluye manifiestamente, porque la relacion de los vinculos que alli se haze, se deve entẽder de los ciertos, y no se puede entender de otros, que de los agnaticios. Confiessalo la alegacion contraria, diziendo, q̃ se refiere a los vinculos de la capitulaciõ de Don Iuan Quarto, con Doña Isabel de Espes, en donde, aunque entonces se exceptara dellos dicho Lugar de Castelnou, pero despues, por dicha relacion los sugetò Don Luis Segundo, en su testamento, a aquellos mismos vinculos agnaticios, de los quales antecedentemente estavan exceptados, y derogô su excepcion: con que en este pũto, es certissima la justicia de mi parte.

581 Las mejoras hechas en bienes de Mayorazgo no se pueden sacar; fundase en doctrinas puntualissimas: y aunque exadverso se dize, que hablan en terminos de la *l. 46. de Toro*; que lo dis-

diſpone: Pero ſe replica, que dicha lei no es contraria al derecho comun, ſino conforme, y declaratoria, cuyas razones ſon juſtiſsimas, veſtidas de equidad, y diſpoſiciones juridicas, y ciertas, zanjadas en el derecho natural, que en Aragon, y en quãtas partes ai, es vno miſmo: ſi procediera el ſacar dichas mejoras, podiã ſer de calidad que excedieran los frutos que devia gozar el poſſehedor del Mayorazgo por toda ſu vida, y aviendo de cobrar de dichos frutos el que las hizo, ô ſu heredero; quedaria privado el llamado al Mayorazgo q̃ devia gozarle de dichos frutos, y ſe deſtruìria indirectamente la fundacion del Mayorazgo: A mas de que el que las pagara, preciſſamente las avia de cobrar del ſiguiente en grado, y aquel del otro, y ſe daria vn proceſſo in infinitum, y ſe abriria camino a mil fraudes, porque el poſſehedor en odio del ſiguiente, podria hazer mejoras, y gaſtos exceſivos, y de calidad, que aquel que tenia la letra clara de la fundacion, y la voluntad del fundador a ſu favor, jamàs llegaria a gozarlos: Eſtos inconvenientes tã graves, y evidentes abſurdos no los permite el derecho, ni la juſticia, antes bien quantos Autores tratan eſta materia los tienen por iniquos: Hora ſean modicas, hora ſean grandes, y de qualquiere calidad que ſean.

582 Eſtos ſolidos fundamentos ſon las azeradas puntas con que defiende mi parte ſu juſticia, en eſtas aladas flechas libra ſu vencimiento: fiò ſus tiros al impulſo debil de mi brazo, y ſu buelo a los errantes giros de mi pluma, teniendo a otros inſignes Advogados, que con mayor deſtreza vibraran eſtas razones, y aſſeguraran ſu acierto. Iuſ-

to Lipsio *in Præfat.ad Politicam*: *Ut in vno aliquo telo aut gladio;multum intereſt, aqua manu veniat;ſic in ſententia,vt penetret, valdè facit robuſtæ alicuius,& receptæ authoritatis pondus*, pero no quiſo que le patrocinara perſona de mucha autoridad,por lo que dixo Socrates,apud Platon. *in Enchirid.Conſiderandum ſemper eſt,verè ne,dictũ ſit,non quis dixerit*; y para que en mi rudeza campeara mas ſu juſticia,y ſe cumplieran tãbien aquellas palabras de la Divina Sabiduria,*cap. 6.Et qui didicerint iuſta invenient quid reſpondeant*; pues la verdad,por ſi ſola eſtà baſtantemente autorizada,y defendida, Eſdræ *lib.* 3.*cap*.4. a ella ſola, vnicamente ſe le deve quanto tiene de bueno eſta alegacion;lo que tiene de malo es,el ſer mia; muchas impertinencias tendrà V.S.I. que diſsimular, pero le ſuplico ſe acuerde,que es obligacion de los Señores Iuezes,el tener paciencia con los Advogados, *l. Nec quicquam*, §.1.*ff. de officio Proconſulis*, ibi: *Circa Advocatos patientem eſſe Proconſulem opportet*, y que es dificultoſo, en el que trata muchas coſas,dar a cada vna ſu naturaleza, y a la naturaleza todas juntas, como lo dixo, con mas culta,que vulgar elegancia,Plinio el joven al Emperador Veſpaſiano *in epiſt.Præfat.Res ardua vetuſtis nouitatem dare,novis authoritatem, abſoletis nitorem,obſcuris lumen,faſtiditis gratiam, dubijs fidem,omnibus verò naturã,& naturæ omnia*: Favete,& fovete quæſo,*animumque inducite hãc iuſtam eſſe cauſam*, vt verbis Terentianis vtar *in Prolegom*. Aſsi lo eſpero. Salva T.S.G.C. Çaragoça,y Agoſto,a 14.de 1665.

D. Ioſef Vberte.

TABLA DE LO QVE SE CONTIENE EN ESTA ALEGACION.

PARTE PRIMERA.

§. 11.

INDICE DE LO MAS NOTABLE DE ESTA ALEGACION.

A

Ad-

Fue-

F

G

H

I

ci-

No-

P

to-

V

Pag.	Lin.	Errata.	Correcta.	Pag.	Lin.	Errata.	Correcta.
8.	1.	lib.	lib.1.	190.	3.	adesses.	adesse.
9.	3.	Agnatio.	Agnaticio	190.	16.	Fuero 2.	Fuero 3.
24.	29.	*discendo.*	*descendo.*	196.	23.	*salsum.*	*falsum.*
27.	25.	*vol.*	*vol.1.*	202.	21.	*punctus.*	*punctum.*
35.	28.	*stanium.*	*estandum.*	232.	23.	que regi- ſtrò.	que le re- giſtrò.
37.	11.	*delicti.*	*dilecti.*				
50.	11.	*sortior.*	*fortior.*	247.	13.	opponi.	apponi.
54.	19.	*rursum.*	*rursus.*	261.	29.	æqua.	æquat.
59.	17.	ſegnndo.	ſegundo.	274.	26.	*aurei.*	*aureis.*
60.	22.	*excluditer*	*excluditur.*	288.	14.	*possit.*	*possint.*
63.	5.	de Baro- nia.	de la Baro nia.	296.	22.	*caddit.*	*cadit.*
				300.	8.	*cons.*	*decis.*
70.	12.	Faqui-- neus.	Fachineus	326.	7.	compre- hēdido.	cōpro tid[illegible]
86.	18.	10.	102.	335.	3.	tituto.	titulo.
88.	18.	vo.	no.	340.	14.	*demandan tur.*	*demandan tur.*
90.	9.	*Quoniem.*	*Quoniam.*				
98.	16.	abuſo.	Abſurdo.	340.	16.	*ſint.*	*ſit.*
103.	24.	*mastuli.*	*masculi.*	360.	30.	ſalta.	falta.
136.	23.	con el Ex cel.	con èl, el Excel.	364.	2.	condicio nis.	condicio nes
158.	17.	Addicio- natoribus.	Addicio- natores.	377.	15.	entende- ria.	entendie- ra.
174.	10.	Heredia.	Yxar.	391.	16.	niets.	nietas.
186.	12.	de inſtru mentum.	de inſtru- mento.				

Integritas, & æquitas conſervent me. ex Pſalm. 25. verſ. 21.